
Université de Neuchâtel

Faculté de droit et des sciences économiques

La perte de soutien

Thèse

présentée à la Faculté de droit
et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

Piermarco Zen-Ruffinen

1979



Imprimerie Stämpfli & Cie SA Berne



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Université de Neuchâtel

Faculté de droit et des sciences économiques

La perte de soutien

Thèse

présentée à la Faculté de droit
et des sciences économiques
pour obtenir le grade de docteur en droit

par

Piermarco Zen-Ruffinen

1979



Imprimerie Stämpfli & Cie SA Berne

Monsieur Piermarco Zen-Ruffinen est autorisé à imprimer sa thèse de doctorat en droit intitulée «La perte de soutien». Il assume seul la responsabilité des opinions énoncées.

Neuchâtel, 4 septembre 1978

Le doyen de la Faculté de droit et des sciences économiques:

Michel Rousson

Le même ouvrage a été publié aux Editions Stämpfli & Cie SA à Berne comme fascicule 458 de la série

Abhandlungen zum schweizerischen Recht ASR

fondée par le professeur Max Gmür, continuée par le professeur Théo Guhl, dirigée par Hans Merz, docteur en droit, professeur à l'Université de Berne.



©

Editions Stämpfli & Cie SA Berne · 1979
Printed in Switzerland

A Christiane

Table des matières

Introduction

§ 1	Délimitation du sujet	15
§ 2	Dispositions applicables à la perte de soutien	16
	I. Conventions internationales	16
	II. Art. 45 al. 3 CO et lois spéciales qui y renvoient	16
	III. Lois autonomes	17
§ 3	Concours des responsabilités extracontractuelle et contractuelle	18
	I. Principe	18
	II. Perte de soutien	18
§ 4	Caractère exceptionnel de l'art. 45 al. 3 CO	19
	I. Principe	19
	II. Exception	20

Première partie: Les éléments de la perte de soutien 23

Chapitre premier: La nature juridique de la perte de soutien 23

§ 5	Dommage	23
	A. Notion	23
	B. Espèces	23
§ 6	Perte de soutien: dommage corporel, gain manqué	25

Chapitre 2: Le soutien 27

§ 7	Particularité du droit suisse	27
§ 8	Définition	28
§ 9	Perte de soutien immédiate et perte de soutien différée	29
§ 10	Principaux soutiens	30
	A. Le conjoint	30
	B. Les père et mère	34
	C. Les enfants	35
	D. Les frères et sœurs	38
	E. Les autres parents ou alliés	39
	F. Le fiancé	39
	G. Le concubin	40

Chapitre 3: Les prestations d'entretien 40

§ 11	Notion	40
§ 12	Éléments	42
	A. Entretien total ou partiel	42

B. Régularité et durabilité.....	42
C. Gratuité	43
§ 13 Forme des prestations	43
§ 14 Cause et but des prestations	44
 <i>Chapitre 4: Les ayants droit (personnes soutenues)</i>	44
§ 15 Quelques cas particuliers	45
§ 16 Les concubins	46
§ 17 Pluralité d'ayants droit. Prétention de l'enfant. Prétentions des père et mère	49
 <i>Chapitre 5: Les conditions du droit à l'indemnisation</i>	52
<i>Chapitre 6: Le droit comparé</i>	54
 Deuxième partie: Le calcul de la perte de soutien	56
 <i>Chapitre 7: Généralités</i>	56
 <i>Chapitre 8: Le moment déterminant</i>	58
A. En général.....	58
B. En cas de perte de soutien.....	59
 <i>Chapitre 9: Le montant de l'entretien</i>	62
Section I: La prestation d'entretien provenant du revenu du travail du soutien.....	64
§ 18 Revenu déterminant	64
§ 19 Détermination des parts. Solution actuelle	70
§ 20 Critique de la solution actuelle et proposition	75
§ 21 Evolution probable des parts	81
§ 22 Devoir de la veuve de diminuer le dommage	83
A. En exerçant une activité lucrative.....	83
B. En reprenant le commerce ou l'entreprise de son mari.....	84
C. En changeant d'appartement ou en louant une chambre à des tiers.....	85
D. Cas de la fiancée.....	85
Section II: Les prestations d'entretien provenant d'une pension, de la fortune ou des revenus de celle-ci	85
Section III: Les prestations d'entretien provenant exclusivement du travail de la femme dans le ménage	86
§ 23 Estimation de la valeur de l'activité de la femme dans le ménage	87

§ 24 Répartition des prestations d'entretien	89
§ 25 Devoir du veuf de diminuer le dommage	90
§ 26 Imputation des avantages: les dépenses évitées	91
A. Prétentions du mari	91
B. Prétentions des enfants	91
§ 27 Calcul du dommage	92
§ 28 Critiques de l'arrêt ATF 101 II 257	93

Section IV: L'entretien provenant simultanément de diverses formes de prestations 94

Chapitre 10: La durée de l'entretien..... 95

§ 29 Perte immédiate	95
A. Prestations d'entretien fournies jusqu'à la fin de l'activité du soutien	96
B. Prestations d'entretien fournies jusqu'au décès du soutien	97
C. Peut-on s'écarter des données des tables?	98
D. Prestations d'entretien fournies aux enfants	99
§ 30 Perte différée	101
A. Début des prestations	101
B. Fin des prestations	101

Chapitre 11: L'imputation des avantages..... 102

§ 31 Généralités	102
§ 32 Perte de soutien	103
§ 33 Cas d'imputation	105
A. Libéralités provenant de tiers	105
B. Dépenses épargnées	105
C. Avantages successoraux	106

Chapitre 12: Le remariage du conjoint survivant. Les chances de remariage. 108

§ 34 Remariage	108
§ 35 Chances de remariage	109

Chapitre 13: Les intérêts réparatoires. Les intérêts des intérêts..... 115

Troisième partie: L'indemnité..... 117

Chapitre 14: La détermination des dommages-intérêts..... 117

A. Généralités	117
B. Perte de soutien	117

<i>Chapitre 15: La forme de l'indemnité</i>	119
§ 36 Capital ou rente?.....	119
A. Rente.....	119
B. Capital	120
C. Capital ou rente?.....	121
§ 37 Capitalisation.....	122
A. Choix des tables.....	122
B. Rentes combinées sur plusieurs têtes.....	123
C. Perte immédiate – Perte différée.....	124
D. Taux de l'intérêt pour la capitalisation des rentes.....	124
E. Date de la capitalisation.....	125
F. Calcul de l'âge.....	126
G. Montant arrondi.....	127
 <i>Chapitre 16: L'influence de la dépréciation de la monnaie</i>	127
§ 38 Dépréciation antérieure au jugement de la dernière juridiction cantonale (ou à la transaction)	127
§ 39 Dépréciation postérieure au jugement de la dernière juridiction cantonale (ou à la transaction). Rentes indexées.....	128
 <i>Chapitre 17: L'insaisissabilité. La compensation</i>	133
 Quatrième partie: L'action en indemnité	136
 <i>Chapitre 18: La prétention en indemnisation</i>	136
§ 40 Prétention indépendante.....	136
§ 41 Prétention indemnitaire.....	137
§ 42 Particularité de la prétention.....	137
§ 43 Prétentions des personnes soutenues en cas de lésions corporelles ayant entraîné la mort de la victime	140
 <i>Chapitre 19: L'action en dommages-intérêts, l'action en constatation de droit et les règlements transactionnels</i>	140
§ 44 Parties à l'action en dommages-intérêts.....	140
§ 45 Action en constatation d'un rapport de droit.....	143
§ 46 Prescription de l'action en dommages-intérêts.....	144
A. Généralités	144
B. Perte de soutien: dies a quo du délai ordinaire de prescription.....	146
§ 47 Preuve du dommage.....	147

§ 48 Règlements transactionnels. Invalidation de la transaction fixant une indemnité manifestement insuffisante.....	148
§ 49 Frais d'avocat du lésé.....	150

Chapitre 20: La pluralité de prétentions du lésé..... 150

§ 50 Généralités.....	150
§ 51 Prestations découlant d'un contrat d'assurance sur la vie ou contre les accidents.....	151
§ 52 Prestations des caisses de pension.....	152
A. Recours des caisses.....	153
B. Imputation.....	154
§ 53 Prestations de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accident.....	156
A. Subrogation.....	156
B. Moment de la subrogation.....	157
C. Etendue de la subrogation.....	157
D. Chances de remariage.....	159
§ 54 Prestations de l'assurance militaire.....	160
§ 55 Prestations de l'assurance vieillesse et survivants.....	160
§ 56 Salaire en cas de décès du travailleur (art. 338 al. 2 CO). Indemnité à raison de longs rapports de travail (art. 339b CO).....	161

Chapitre 21: Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, juridiction de recours..... 162

Conclusions.....	164
------------------	-----

Table des abréviations

ABGB	Österreichisches Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Code civil général autrichien, de 1811)
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
AM	Assurance militaire
ATF	Arrêts du Tribunal fédéral suisse, Recueil officiel = BGE
AVS	Assurance vieillesse et survivants
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das deutsche Reich (Code civil allemand, de 1896)
BGH	(Deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des (deutschen) Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen
CC	Code civil suisse, de 1907
Cass. civ.	Chambre civile de la Cour de Cassation française ou italienne
Cass. crim.	Chambre criminelle de la Cour de Cassation française
CCfr.	Code civil français, de 1804
CCit.	Code civil italien, de 1942
cf.	Confer: comparer
CNA/CNSA	Caisse nationale suisse d'assurances en cas d'accident
COa	Code fédéral des obligations, de 1881 (abrogé)
CO	Code des obligations, de 1911/1936
D.	Recueil Dalloz
D.S.	Recueil Dalloz/Sirey
FF	Feuille fédérale
FJS	Fiches juridiques suisses
Gaz. Pal.	Gazette du Palais
Giur. it.	Giurisprudenza italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
it.	Italiana
JC	Juris-Classeur
JCP	Juris-Classeur périodique ou la Semaine Juridique
JT	Journal des Tribunaux
LA	Loi fédérale sur la circulation des véhicules automobiles et des cycles, du 15 mars 1932 (abrogée)
LAA (projet)	Projet de la loi fédérale sur l'assurance-accidents, Message du 18 août 1976 (FF 1976, III, 143).
LAI	Loi fédérale sur l'assurance-invalidité, du 19 juin 1959
LAM	Loi fédérale sur l'assurance militaire, du 20 septembre 1949
LAMA	Loi fédérale sur l'assurance maladie et accidents, du 13 juin 1911
Latom.	Loi fédérale sur l'utilisation pacifique de l'énergie atomique et la protection contre les radiations, du 8 décembre 1959
LAVS	Loi fédérale sur l'assurance-vieillesse et survivants, du 20 décembre 1946
LCA	Loi fédérale sur le contrat d'assurance, du 2 avril 1908
LCho	Loi fédérale sur la chasse et la protection des oiseaux, du 10 juin 1925
LCR	Loi fédérale sur la circulation routière, du 19 décembre 1958
LEtr.	Loi fédérale sur les entreprises de trolleybus, du 29 mars 1950
LF	Loi fédérale
LIE	Loi fédérale concernant les installations électriques à faible et à fort courant, du 24 juin 1902

LITC	Loi fédérale concernant les installations de transports par conduite, du 4 octobre 1963
LNA	Loi fédérale sur la navigation aérienne, du 21 décembre 1948
LP	Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, du 11 avril 1889
LRCF	Loi fédérale sur la responsabilité de la Confédération, des membres de ses autorités et de ses fonctionnaires, du 14 mars 1958
LRC	Loi fédérale sur la responsabilité civile des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur et des postes, du 28 mars 1905
LRF	Loi fédérale sur la responsabilité des fabricants, du 25 juin 1881 (abrogée)
LSP	Loi fédérale sur le service des postes, du 2 octobre 1924
Mess.	Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NRS	Recueil systématique du droit fédéral
OFIAMT	Office fédéral de l'industrie, des arts et métiers et du travail
RDS	Revue de droit suisse
Rep.	Repertorio di giurisprudenza patria
RG	Reichsgericht
RO	Recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral = ATF
ROLF	Recueil officiel des lois fédérales
RS	Recueil systématique des lois et ordonnances 1848–1947
RSA	Revue Suisse d'Assurances
RSJ	Revue suisse de jurisprudence
RSJB	Revue de la Société des Juristes Bernois
RVJ	Revue valaisanne de jurisprudence
Rev. trim. dr. civil	Revue trimestrielle de droit civil
S.	Recueil Sirey
Sem. Jur.	La Semaine Juridique
Sem. jud.	La Semaine judiciaire
SZS	Schweizerische Zeitschrift für Sozialversicherung
TF	Tribunal fédéral
TF à JT, à Sem. jud., à Rep.	Arrêt du Tribunal fédéral, non publié dans les ATF, mais publié au JT, dans la Sem. jud., ou dans le Rep.
Urt.	Urteil
VersR	Versicherungsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
ZR	Blätter für Zürcherische Rechtsprechung

Bibliographie

A. Ouvrages cités par le seul nom de l'auteur

- BECKER: (Kommentar zum) Obligationsrecht, Allgemeiner Teil (2^e éd. Berne 1941).
- BÉRAUD: Comment est évalué le préjudice corporel, Paris 1961 avec supplément 1965.
- BONVICINI: La responsabilité civile, Milan, I et II, 1971; III (1 et 2), 1973.
- VON BÜREN: Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil (Zurich 1964).
- BUSSY/RUSCONI: Code suisse de la circulation routière (Lausanne 1972).
- DE CUPIS: Il danno. Teoria generale della responsabilità civile (2^e éd. Milan, I, 1966; II, 1970).
- DEUTSCH: Haftungsrecht, I Allgemeiner Lehre (Cologne, etc. 1976).
- DUPICHOT: Des préjudices réfléchis nés de l'atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle (thèse Paris 1969).
- ENGEL: Traité des obligations en droit suisse (Neuchâtel 1973).
- ESSER: Lehrbuch des Schuldrechts (4^e éd. Karlsruhe, I Allgemeiner Teil, 1970; II Besonderer Teil, 1971) dont la partie générale a été remplacée par Lehrbuch des Schuldrechts (5^e éd. complètement revue, Karlsruhe, vol. I, 1975; vol. 2, 1977).
- ESSER/SCHMIDT: Der Versorgerschaden (Aarau 1942).
- FEHR, KONRAD: Danno alla persona, in Enciclopedia del Diritto, Milan 1962, vol. XI, p. 634 s.
- GENTILE: Der Haftpflichtprozess mit Einschluss des materiellen Haftpflichtrechts, von REINHARD und ROBERT GEIGEL (16^e éd. nouvellement revue, Munich 1976).
- GEIGEL: Strassenverkehrsgesetz (Zurich 1974).
- GIGEL/SCHLEGEL: Die Schadensberechnung bei der Ersatzpflicht aus unerlaubter Handlung (thèse Berne 1935).
- GLARNER: Das schweizerische Obligationenrecht (6^e éd. Zurich 1972).
- GUHL/MERZ/KUMMER: Haftpflichtrecht im Privatrecht (Berne 1970); 3^e éd. révisée et complétée, Berne 1978.
- KELLER, ALFRED: Österreichisches Haftpflichtrecht, I Allgemeiner Teil (Vienne 1973); II Besonderer Teil (Vienne 1975).
- KOZIOL: Lehrbuch des Schuldrechts (11^e éd.), I Allgemeiner Teil (Munich 1976); II Besonderer Teil (Munich 1977).
- LARENZ: La liquidazione del danno, Milan, I, 1974; II, 1977.
- LAGOSTENA BASSI- RUBINI: Der Versorgerschaden (Aarau 1942).
- MARTI, HANS: L'indemnisation de la perte de soutien, thèse Lausanne 1941.
- MAYR, PIERRE: Der Versorgerschaden nach schweizerischem Obligationenrecht (thèse, Berne 1939).
- MOSER, HANS: Schweizerisches Haftpflichtrecht, I (4^e éd. complètement revue Zurich 1975); II/1 et II/2 (4^e éd. Zurich 1960/1962).
- OFTINGER: Kapitalisierung von periodischen Leistungen (Berne 1956), éd. française: Capitalisation des prestations périodiques (Berne 1957). Les citations se rapportent à l'édition française.
- PICCARD: L'évaluation du préjudice corporel (7^e éd. Paris 1977).
- PICCARD: Traduction française par M. Stoecklin: Commentaire populaire et pratique sur le Code fédéral des obligations (Neuchâtel/Paris 1883).
- LE ROY:
- SCHNEIDER/FICK:

- SOERGEL/MÜHLE: Bürgerliches Gesetzbuch (Kommentar) III, Schuldrecht II (10^e éd. Stuttgart, etc. 1969).
- STAUDINGER/SCHÄFER: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, II, Recht der Schuldverhältnisse (10/11^e éd. Berlin 1975).
- STAUFFER/SCHAETZLE: Barwerttafeln (3^e éd. Zurich 1970); traduction française par Roland Brehm: Tables de capitalisation (1972).
- STREBEL: Kommentar zum Bundesgesetz über den Motorfahrzeug- und Fahrradverkehr, verfasst unter Mitarbeit von Hans Huber, I-II (Zurich 1943/1938).
- TOULEMON/MOORE: Le préjudice corporel et moral en droit commun, 3^e éd. Paris 1968.
- VISINTINI: La responsabilità civile nella giurisprudenza, Padoue, 1967.
- VON TUHR/SIEGWART: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I (2^e éd. Zurich 1942); encore valables les §§ 30–54, sinon remplacé par Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I (3^e éd. Zurich 1974), parus les §§ 1–29.
- VON TUHR/PETER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts I (3^e éd. Zurich 1974), parus les §§ 1–29.
- VON TUHR/ESCHER: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts II (3^e éd. Zurich 1974).
- WUSSOW: Das Unfallhaftpflichtrecht (12^e éd. Cologne, etc. 1975)

B. Publications juridiques du Touring Club Suisse

Elles sont citées par le nom de l'auteur, TCS, n° ..., p. ...

- BUSSY: La dépréciation de la monnaie et son influence sur le mode d'indemnisation et le calcul des dommages-intérêts en matière extra-contractuelle, TCS, n° 5.
- RUSCONI: Responsabilité civile. Dommage. Assurance, TCS, n° 6.
- STEIN: Unfall des Arbeitnehmers, TCS, n° 4.

C. Autres écrits

Ils sont cités dans les notes au bas de la page de texte.

D. Façon de citer

Le chiffre romain indique le volume d'une œuvre, le chiffre arabe la page. Les commentaires sont cités d'après l'article de la loi.

Le texte est à jour au 20 décembre 1978.

La perte de soutien¹

La bibliographie spécialisée est la suivante :

- Suisse :* THILO, De l'indemnité pour perte de soutien, in JT 1932 I 34 s. ; MOSER ; MAYR ; FEHR ; MARTI ; BROSSET, La perte de soutien in JT 1942 I 66 s., 98 s. et FJS 407 (nos références à son propos se rapportent au JT) ; PICCARD ; STAUFFER/SCHAETZLE ; OFTINGER § 6 IV D (p. 230 s.)
- Allemagne :* notamment SOERGEL/MÜHLE, notes ad § 844 BGB ; STAUDINGER/SCHÄFER, notes ad § 844 BGB ; GEIGEL, chap. 8 ; WUSSOW, n. 1057 s. ;
- Autriche :* notamment KOZIOL, II, p. 116 s. ;
- France :* notamment DUPICHOT ; TOULEMON/MOORE ; BÉRAUD ; LE ROY, n. 163 s. ;
- Italie :* notamment GENTILE ; VISINTINI, p. 196 s. ; DE CUPIS, p. 90-91, 93-99, 106-109 ; BONVICINI, II, p. 1092 s. ; LAGOSTENA BASSI/RUBINI, II, p. 297 s. Pour une bibliographie plus complète, cf. BONVICINI, II, p. 1309 s., et LAGOSTENA BASSI-RUBINI, II, p. 557 s.
- Droit comparé :* MCGREGOR, Personal Injury and Death, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI chapter 9 (Tübingen, etc. 1972) ; JOHANNES DENCK, Schadenersatzansprüche Dritter bei Tötung ihnen nahestehender Personen im französischen und deutschen Recht (thèse, Freiburg im Breisgau 1975).

¹ En allemand «der Versorgerschaden», en italien «la perdita di sostegno» (mais non en Allemagne et en Italie).

PICCARD, Invalidität- und Versorgerschaden, in SZS 9 (1965), p. 161 (165-166) trouve l'expression française «perte de soutien» plus précise. Il la traduit en allemand par «Unterstützungsverlust».

STAUFFER et SCHAETZLE (p. 49 de l'édition en allemand uniquement) jugent au contraire l'expression «Versorgungsschaden» plus précise.

Introduction

§ 1 Délimitation du sujet

1. Les accidents causent fréquemment d'importants dommages². Pour en obtenir réparation, le lésé (ou son ayant cause) recherche le responsable, le cas échéant l'assurance de ce dernier. Le responsable fait en général l'objet d'une poursuite pénale, du moins lorsqu'il y a atteinte à l'intégrité corporelle. En revanche, les procès civils sont rares, car les conséquences pécuniaires des accidents se règlent le plus souvent par une transaction³. Le besoin de sécurité juridique se fait sentir d'autant plus⁴.

2. L'objet de notre travail se limite aux conséquences des accidents mortels. Ceux de la circulation sont les plus nombreux : 1243 morts en 1975, 1188 en 1976 et 1302 en 1977⁵. Ces accidents causent non seulement des dommages, mais encore des souffrances morales. Le Code des Obligations (CO) et diverses lois spéciales en matière de responsabilité civile prévoient d'ailleurs la réparation de ces deux sortes de conséquences.

Le tort moral n'entre pas dans notre champ d'examen, limité exclusivement à l'étude de la perte de soutien. La réparation de ce type de dommage est notamment prévue par le troisième alinéa de l'article 45 CO, qui dispose :

«Lorsque, par suite de la mort, d'autres personnes ont été privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte.»

3. Comme le relève M. OFTINGER, c'est la jurisprudence qui a développé nombre de notions et de règles du droit de la responsabilité civile. «Das Haftpflichtrecht bietet sich insofern auf weite Strecken als «ungeschriebenes» Recht dar – als Judge made Law, als Case Law –, und dies in bedeutend stärkerem Umfange, als ein kodifiziertes Recht erwarten lässt⁶.» Cette remarque est particulièrement vraie de la perte de soutien. Aussi étudions-nous avant tout la jurisprudence du Tribunal fédéral. Une prétention à l'indemnisation n'est admise que si les conditions d'une responsabilité civile sont réalisées : dommage, illicéité, causalité et éventuellement faute. Dans cette étude, nous n'examinerons que le dommage.

² STARK, in RSJ 65 (1969), p. 17 : en Suisse, le montant des dommages causés par des accidents de la route a été estimé à un milliard de francs en 1968.

³ «Une statistique effectuée par une compagnie d'assurance a permis d'établir que sur 245000 sinistres de responsabilité civile automobile qu'elle avait eu à régler, il y eut moins de 1 pour mille de cas ayant donné lieu à une décision judiciaire (cf. RSA 30, p. 304)» (STAUFFER, SCHAETZLE V, § 34).

⁴ Même avis GAUTSCHI, in RSJ 37 (1940), p. 121 ; STAUFFER/SCHAETZLE, § 34.

⁵ Pour 1975, Annuaire statistique de la Suisse 1976, p. 267 ; pour 1976, Annuaire... 1977, p. 253 ; pour 1977, Annuaire... 1978, p. 257.

⁶ § 1 I A.

4. Pour mieux servir les besoins de la pratique, nous nous sommes limités au droit suisse, même si parfois il nous est apparu utile de faire état des solutions adoptées par nos voisins. Les références aux droits allemand, autrichien, français et italien ne sont ni systématiques ni complètes.

La méthode suivie nous a permis d'apprécier la valeur du traité magistral de M. OFTINGER, *Schweizerisches Haftpflichtrecht* (t. I, 4^e éd. complètement revue Zurich 1975; t. II/1 et II/2, 2^e éd. Zurich 1960/1962) et celle des tables de capitalisation de MM. STAUFFER et SCHAETZLE (*Barwerttafeln*, 3^e éd. Zurich 1970, traduction française par Roland Brehm, 1972). Ces tables sont précédées de développements juridiques pertinents et de nombreux exemples de calcul de dommages. L'excellent Précis de MM. DESCHENAUX et TERCIER, *La responsabilité civile* (Berne 1975) nous a été utile pour les développements généraux.

§ 2 Dispositions applicables à la perte de soutien

A part l'article 45 al. 3 CO, nous avons jugé utile de mentionner les dispositions de quelques conventions internationales et de prendre en considération celles des principales lois spéciales relatives à la responsabilité civile⁷.

I. Conventions internationales

1. Convention de Varsovie, du 12.10.1929 (concernant le) transport aérien international: art. 17 et 24/2; cf. art. 28.

2. Convention additionnelle à la CIV: art. 3 § 2; cf. art. 15 et 18 § 2.

3. Convention (concernant le) transport de passagers par mer: art. 4/1 et 10/3.

II. Art. 45 al. 3 CO et lois spéciales qui y renvoient

a) L'article 45 al. 3 CO est la disposition fondamentale pour l'indemnisation de la perte de soutien.

b) De nombreuses lois spéciales renvoient, explicitement ou implicitement à l'article 45 CO. Nous citerons à propos de chaque loi mentionnée la base du renvoi.

1. LIE: art. 36/1.

2. LCho: art. 13 al. 2: «Les articles 44, 1^{er} alinéa et 51 du Code des Obligations sont applicables.»

Les art. 42, 43, 45 et 46 CO sont également applicables⁸.

3. LNA: art. 79.

⁷ OFTINGER, *Schweizerische Haftpflichtgesetze*... (Zürich 1967) plus complet cite 26 lois.

⁸ OFTINGER, *op. cit.* à n. 7, p. 208, n. 3 ad art. 13 LCho.

4. LEtr.: l'art. 15 al. 1 renvoie à la LCR qui elle-même renvoie à l'art. 45 al. 3 CO. L'art. 15 al. 2 renvoie à la LIE qui renvoie à l'art. 45 al. 3 CO.
5. LCR: art. 62 al. 1.
6. Latom: art. 15 al. 1.
7. LPrC: art. 77 al. 1, 2^e phrase.
8. LITC: art. 34.
9. LPE: art. 36 al. 3.
10. OM: art. 27.

III. Lois autonomes

1. LRC: art. 2.

«En cas de mort, les dommages-intérêts comprennent les frais, notamment ceux d'inhumation. Si la mort n'est pas survenue immédiatement, ils comprennent en particulier les frais de traitement et la réparation du préjudice causé par l'incapacité de travail. Lorsque, par la mort de la victime, d'autres personnes sont privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte.»

2. LRCF: art. 5 al. 1.

«En cas de mort d'homme, les dommages-intérêts comprennent les frais, notamment ceux de l'inhumation. Si la mort n'est pas survenue immédiatement, ils comprennent en particulier les frais de traitement, ainsi que le préjudice dérivant de l'incapacité de travail. Lorsque par suite de la mort, d'autres personnes ont été privées de leur soutien, il y a également lieu de les indemniser de cette perte.»

L'article 5 LRCF est conforme à l'article 45 al. 3 CO et l'article 2 LRC a une signification identique. Régie en définitive par trois dispositions (art. 45 al. 3 CO, art. 2 LRC et art. 5 al. 1 LRCF) cette notion commune de soutien doit être interprétée dans le même sens⁹.

L'article 45 al. 3 CO régit la grande majorité des cas de perte de soutien. Il s'applique à tous les cas de responsabilité extracontractuelle du CO (art. 41, 54, 55, 56 et 58), au CC, par exemple l'art. 333, par le renvoi de l'art. 7 CC¹⁰, et à toutes les lois spéciales sans dispositions propres, qu'elles renvoient ou non au CO¹¹.

L'application des articles 45 CO (2 LRC, 5 LRCF) et 47 CO exclut celle de

⁹ Pour l'art. 2 LRC: ATF 34 II 4 (9).

OFTINGER, § 6 IV D b (p. 231).

¹⁰ La jurisprudence et la doctrine unanime interprètent l'art. 7 CC, malgré son texte, comme un renvoi pur et simple aux dispositions du CO à caractère général: cf. notamment ATF 81 II 431 (438), JT 1956 I 194 (199); SCHÖNENBERGER/JÄGGI, Komm. OR (3^e éd. Zurich 1973), Allgemeine Einleitung n. 63–65; DESCHENAUX, Le Titre préliminaire du Code civil, in *Traité de droit civil suisse*, II, 1 (Fribourg 1969) ch. IV § 8 (p. 47 s.).

¹¹ OFTINGER, § 6 IV A (p. 226).

l'article 41 CO¹². Les ayants droit ne disposent donc pas, en plus de leurs prétentions dérivant des articles 45 et 47 CO, d'une prétention fondée sur l'article 41 CO¹³.

§ 3 Concours des responsabilités extracontractuelle et contractuelle¹⁴

I. Principe

Un même fait peut à la fois violer un contrat et engager une responsabilité extracontractuelle. Ainsi en est-il par exemple, lorsqu'un patient perd un membre à la suite d'une erreur professionnelle du médecin. La plupart des lois spéciales instituent une responsabilité unique: le lésé fait valoir son dommage en vertu des règles légales; l'existence ou l'absence d'un contrat avec le responsable ne joue pas de rôle¹⁵. Pour le droit commun, l'opinion dominante¹⁶ admet le principe du concours des responsabilités extracontractuelle et contractuelle. Par conséquent, le lésé dispose de deux actions. Il peut intenter celle qui lui paraît la plus favorable, éventuellement les deux, l'admission de l'une rendant l'autre sans objet. La responsabilité contractuelle est jugée plus favorable au lésé en raison notamment de la présomption de faute du débiteur (art. 97 al. 1 CO) et des règles sur la prescription (le délai de l'art. 127 CO est plus long que celui de l'art. 60 CO). Bien entendu, la victime ne peut prétendre qu'à une seule réparation.

II. Perte de soutien

Le concours de responsabilités suppose que le lésé soit lié à l'auteur du dommage par un contrat. Les personnes soutenues ne peuvent rien déduire d'un contrat auquel elles ne sont pas parties. Ainsi, elles ne disposent que de l'action extracontractuelle¹⁷ contre l'employeur qui, violant l'article 328 rev. CO, cause

¹² ATF 11, p. 532 (537); 19, p. 986 (996); 20 II 203 (209); 53 II 123 (124), JT 1927 I 338-340; 54 II 138 (141), JT 1928 I 290 (293); 64 II 200 (202), JT 1938 I 567 (569).

Notamment WALTER IM HOF, *Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR Titel I II* (thèse Berne 1912), p. 220 s.; BECKER, art. 45 CO n. 4; MARTI, p. 31 n. 33; VON BÜREN, p. 279.

¹³ RSJ 24 (1927 28), p. 118 N° 111 = *Rechenschaftsbericht des Obergerichts, ... des Kantons Thurgau 1926, Entscheidungen des Obergerichts*, 29 IV 26.

¹⁴ L'expression «responsabilité contractuelle» désigne ici l'obligation de réparer le dommage qui résulte de la violation d'un contrat.

¹⁵ OFTINGER, § 13 IV B (p. 483).

¹⁶ Sur la question cf. OFTINGER, § 13 IV s. (p. 482 s.) et n. 29 et ses renvois. Le principe du concours a été critiqué: cf. surtout JÄGGI, in *Mélanges Schönenberger* (Fribourg 1968), p. 181 s., qui exclut le concours d'actions dans l'hypothèse envisagée et ne retient que la responsabilité extracontractuelle.

¹⁷ ATF 64 II 200 (202-203), JT 1938 I 567 (569).

OSER/SCHÖNENBERGER, art. 339 CO n. 18; TAHIR ÇAGA, *Konkurrenz deliktischer und vertragli-*

le décès de l'employé ou contre le médecin qui, par une faute professionnelle, provoque le décès de son patient¹⁸.

Toutefois, M. OFTINGER¹⁹ admet que si les personnes soutenues sont elles-mêmes parties au contrat, elles disposent également de l'action contractuelle. C'est le cas des parents qui appellent un médecin au chevet de leur enfant ou qui placent leur enfant dans un internat²⁰. Le dommage se calcule selon l'article 45 al. 3 CO, auquel l'article 99 al. 3 CO renvoie.

§ 4 Caractère exceptionnel de l'art. 45 al. 3 CO

I. Principe

Le droit à la réparation du dommage²¹ appartient à la *personne directement atteinte*²², ou à ses ayants cause²³, à l'exclusion des *tiers lésés indirectement* (par

cher Ersatzansprüche (thèse Zurich 1939), p. 106; MAYR, p. 115–116; FEHR, p. 34; MARTI, p. 84; JEAN CUENDET, La faute contractuelle (thèse Lausanne 1970), p. 219 n. 450; A. KELLER, p. 326; VON TUHR ESCHER, § 68 n. 59 et 101; E. SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag des schweizerischen Obligationenrechts (1^{re} éd. 1974; 2^e éd. inchangée Zurich 1976; traduction française de la 1^{re} éd. par ALBERT LAISSUE, Berne 1975), art. 328 CO n. 4 in fine; DESCHENAUX/TERCIER, § 30 ch. 1.2; OFTINGER, § 6 IV A (p. 226) et § 13 IV D 4 (p. 491).

¹⁸ Au sujet de l'action contre le transporteur, cf. OFTINGER, § 13 IV B (p. 483), t. II/1 (2^e éd.), p. 304 et t. II/2 (2^e éd.), p. 474.

¹⁹ § 13 IV D 4 (p. 491 in fine à 492 in initio) et n. 62.

²⁰ Le devoir d'entretien des parents à l'égard de leurs enfants (art. 160 al. 2 et 276 CC (ancien droit; art. 272 CC) comprend aussi le recours à un médecin et le placement de l'enfant dans un pensionnat (EGGER, Komm. ZGB [Zurich 1943], art. 272 n. 3; HEGNAUER, Komm. ZGB [Berne 1969], art. 272 n. 110s.). Les parents n'agissent pas comme représentants de leurs enfants: EGGER, op. cit., art. 279 n. 3, art. 281 n. 4; OFTINGER, § 13 IV C b n. 40 et § 13 IV D 4.

²¹ Médiat ou immédiat.

²² On confond parfois cette notion avec celle de dommage direct. Le TF (ATF 63 II 18 [21], JT 1937 I 338 [340]) peut d'ailleurs induire en erreur en affirmant que l'article 41 al. 1 CO ne vise que le dommage direct. Toutefois, dans cet arrêt, l'erreur n'est pas réelle, car l'expression malheureuse se rapporte bien, comme le relève OFTINGER (§ 2 I A [p. 60] n. 34) au lésé direct.

Pour déterminer le cercle des ayants droit, il faut prendre en considération le but de protection qu'a la norme et voir quelles personnes elle veut protéger. Le Tribunal fédéral examine sous l'angle de la causalité adéquate la question de savoir si la prescription violée a pour but de protéger les intérêts du lésé (ATF 94 I 628 [643], JT 1970 I 119 [127] et arrêts cités). Sa jurisprudence a été critiquée en doctrine: cf. MERZ, RSJB 106 (1970), p. 86; DESCHENAUX, Norme et causalité en responsabilité civile, in Stabilité et dynamisme du droit dans la jurisprudence du Tribunal Fédéral Suisse (Centenaire du TF), (Bâle 1975), p. 399s. (413, 414, 420). Ces critiques sont justifiées: le rapport de causalité adéquate établit une relation entre l'acte et ses conséquences dommageables, mais non entre le but de protection de la norme et ses conséquences. Aussi a-t-on développé en Allemagne la théorie du rapport d'illicéité («Rechtswidrigkeitszusammenhang») ou de la relation normative (TANDOĞAN). Sur cette notion cf. STOLL, Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktrecht (Tübingen 1968); ESSER, § 45; DEUTSCH, § 16; LARENZ I § 27 III b 2; ESSER/SCHMIDT, I/2 § 33 III.

Pour la Suisse: H. TANDOĞAN, De l'utilité en droit suisse des notions de rapport d'illicéité (Rechtswidrigkeitszusammenhang) et d'adéquation sociale (Sozialadäquanz), in Publications de l'Association de droit comparé N° 7 (Ankara 1972); H. DESCHENAUX, Norme et causalité en responsabilité civile, in Stabilité..., p. 399s. D'après TERCIER (Mélanges Peter Jäggi [Fribourg 1977], p. 239–271, le Tribunal fédéral a procédé à un important revirement de jurisprudence dans les ATF 101 I b 252 (255) et 102 II 85 (89–90).

²³ ATF 52 II 235 (263), JT 1927 I 11 (18); 57 II 180 (181), JT 1932 I 41 (43); 63 II 18 (21), JT 1937 I 338 (340); 81 II 129 (131), JT 1955 I 525 (527); 82 II 36 (38); 94 I 628 (643), JT 1970 I 119 (127); 99

ricochet)²⁴. Ainsi, ne peuvent pas rechercher le responsable: les créanciers du lésé qui subissent un dommage par la diminution de la capacité de travail ou de la fortune de ce dernier²⁵; l'employeur qui perd un ouvrier spécialisé; l'associé privé d'un appui compétent; l'assureur obligé de verser les prestations conventionnelles ou de s'exécuter prématurément²⁶, etc. Ce principe, qui entraîne d'ailleurs parfois un résultat injuste, est généralement tiré de «l'idée qu'une limite raisonnable doit être assignée aux conséquences juridiques d'un événement dommageable»²⁷.

II. Exception

En accordant la qualité pour agir aux personnes privées de leur soutien²⁸, l'article 45 al. 3 CO établit une importante *exception*²⁹ au principe général.

II 221 (223), JT 1974 I 478 (480); 101 Ib 252 (254); 102 II 85 (89-90); OSER SCHÖNENBERGER, art. 41 CO n. 52 et art. 45 CO n. 20; BECKER, art. 41 CO n. 115 s.; VON TUHR SIEGWART, I § 48 ch. I; VON CAEMMERER, in RSJB 100 (1964), p. 341; VON BÜREN, p. 52; OFTINGER, § 2 II B (p. 64) et n. 52.

Contra ALHARD GELPKE, Die Verletzung eines vertraglichen Rechts durch einen Nicht-Vertragsbeteiligten (thèse Zurich 1919), p. 47 s.

²⁴ On emploie aussi les expressions «par contre-coup», «par effet réflexe». M. OFTINGER emploie dans sa 4^e éd. l'expression «reflektorisches Geschädigte» (§ 6 IV D c [p. 235]); dans sa 3^e éd., «indirekter Geschädigte».

²⁵ ATF 63 II 16 (21), JT 1937 I 338 (340).

²⁶ OFTINGER, § 2 II B (p. 65) et les références aux n. 55 s.

²⁷ ATF 73 II 65 (68), JT 1948 I 11 (14-15).

²⁸ Selon l'opinion dominante, les personnes soutenues apparaissent comme des *tiers* parce qu'elles sont étrangères au rapport juridique qui naît entre le responsable et la victime de l'acte illicite ou du fait générateur de responsabilité.

L'acte illicite ne les touche que par effet réflexe. Il n'y a pas d'identité entre la victime de l'acte illicite et la personne lésée.

Sur le problème du Drittschaden, relativement peu étudié en Suisse, cf. dans le domaine de la responsabilité extracontractuelle: ARMIN FREI, Der Reflexschaden im Haftpflichtrecht (thèse Zurich 1973). Les autres auteurs récents ont plutôt traité ce problème dans le cadre de la responsabilité contractuelle: JUSTIN THORENS, Le dommage causé à un tiers (thèse Genève 1962); TANDOGAN, in Mélanges Secrétan (Montreux 1964), p. 305 s.; YUNG, in Etudes et articles (Genève 1971), p. 303 s.; VON TUHR-ESCHER, § 68 ch. VI. Cf. également VON CAEMMERER, in RSJB 100 (1964), p. 341 s.; ESSER, I § 43 II; Marschall von Biberstein, Reflexschäden und Regressrecht (Stuttgart, etc. 1967); SOERGEL/SCHMIDT, n. 93 s. avant les §§ 249-253; LARENZ, I § 27 IV b; KOZIOL, I, p. 219 s.

²⁹ La loi fait une exception parce qu'en principe elle ne donne de prétention (Anspruch) qu'à la personne protégée par la norme violée. Or, d'après l'opinion dominante, la norme violée protège la vie de la victime.

ATF 82 II 36 (39).

OSER SCHÖNENBERGER, art. 41 CO n. 52; VON TUHR SIEGWART, § 48 I 1; FEHR, p. 7 s., 11; BROSET, in JT 1942 I 66; TANDOGAN, in Mélanges Secrétan, p. 305 s.; VON CAEMMERER, in RSJB 100 (1964), p. 341 s.; STAUFFER SCHAFTZLE, § 8 ch. I et 2; A. KELLER, 1^{re} partie, chap. 2 IV; DESCHENAUX, Norme et causalité en responsabilité civile, in Stabilité..., p. 416; DESCHENAUX, TERCIER, § 25 ch. 4.1.

En Allemagne, cf. notamment SOERGEL MÜHLE, § 844 n. 1; STAUDINGER SCHÄFER, § 844 n. 3 s.; WUSSOW, n. 1057 s.

En Autriche, KOZIOL, I, p. 219.

Il s'ensuit :

- a) qu'il doit être interprété *restrictivement* ³⁰;
- b) qu'il énumère *exhaustivement* ³¹ les dommages à réparer en cas de mort d'homme. Les personnes soutenues ne peuvent pas obtenir la réparation d'autres dommages consécutifs au décès de la victime. Il est parfois difficile, dans la pratique, de le faire comprendre aux ayants droit ³². Ainsi, le Tribunal fédéral a refusé de prendre en considération :
 - la perte financière subie par des enfants à la suite de la vente désavantageuse d'un train de campagne, vente rendue nécessaire par le décès des parents ³³;
 - les dépenses engagées par des parents pour se guérir du choc nerveux dû à l'accident et au décès de leur enfant ³⁴;
 - les dépenses d'éducation et d'entretien rendues inutiles par le décès de l'enfant ³⁵;
 - la part supplémentaire au bénéfice de l'union conjugale que la veuve aurait touchée si le soutien, en cas de survie, avait continué son activité et augmenté la masse des acquêts ³⁶;

Contra, GELPKE (op. cit. à n. 23, p. 48) et MAYR (p. 25) qui partagent l'opinion de GELPKE : l'art. 45 CO ne constitue pas une exception à l'art. 41 CO, mais en forme un complément en cas de mort d'homme.

Il n'y a pas de principe empêchant l'indemnisation du dommage indirect, pas plus qu'il n'y a de principe contraire. Il s'agit d'établir dans chaque cas « la portée de la norme dont la violation donne à l'acte dommageable le caractère d'illicéité exigé par l'art. 41 al. 1 CO. » (MAYR, p. 25).

³⁰ ATF 82 II 36 (39) et la majorité de la doctrine.

Contra MAYR (p. 25) : l'art. 45 al. 3 CO n'étant pas une disposition exceptionnelle, il n'exige pas d'interprétation restrictive.

Comme le relève GROSSEN, in Rev. trim. dr. civil 1975, p. 625, l'adage « omnis exceptio restringenda » suscite des réserves. Cf. ses renvois aux observations du doyen CORNU, Rev. trim. dr. civil 1972, p. 617, et à O.A. GERMANN, *Probleme und Methoden der Rechtsfindung* (2^e éd. Berne 1967), p. 61–62 et les références.

³¹ ATF 20, p. 203 (209); 34 II 4 (10); 53 II 123 (124), JT 1927 I 338 (340); 54 II 222 (224); 54 II 138 (141), JT 1928 I 290 (293); 57 II 180 (181), JT 1932 I 41 (44).

BECKER, art. 45 CO n. 4; VON TUHR SIEGWART, I § 46 II 1 et § 48 I 1 et n. 4 b; VON BÜREN, p. 279; IM HOF, p. 90 s.; GLARNER, p. 44 s.; MOSER, p. 45 s. et auteurs cités à la note 2; FEHR, p. 11, 28–29; MARTI, p. 4; GAUTSCHI, in RSJ 37 (1940), p. 115. Contra MAYR, p. 27; OFTINGER, § 6 IV A (p. 228) n. 341 : tout dommage doit en principe être réparé. Or, l'art. 45 CO ne prévoit pas expressément le contraire, donc l'énumération de l'art. 45 CO serait exemplative.

³² Même réflexion chez FEHR, p. 10–11.

³³ ATF 54 II 222 (224).

³⁴ ATF 54 II 138 (141), JT 1928 I 290 (293).

Toutefois, dans ce cas, les parents ne sont pas des tiers, indirectement lésés, l'acte illicite les touchant directement dans leur santé. Leur dommage doit être indemnisé sur la base de l'art. 46 CO.

La solution est la même en droit allemand : cf. notamment LARENZ, I § 27 IV a n. 1 et les arrêts cités; ESSER/SCHMIDT, I § 34 I et les notes y relatives, et le droit français : cf. notamment D. S. 1974. J. 559.

³⁵ 58 II 29 (41), JT 1932 I 359 (370).

³⁶ ATF non publié du 2 septembre 1974, cause Hoirs d'Arthur Rouvinet contre La Fribourgeoise.

- la perte d'une succession qui aurait été recueillie par l'intermédiaire de la victime³⁷;
- le fait pour les frères et sœurs de la victime de devoir reprendre l'entretien de leur mère à la suite du décès de leur frère qui assurait seul cet entretien³⁸;
- les primes qu'un père paie pour assurer une sécurité financière à ses enfants privés d'un soutien de remplacement par le décès accidentel de leur mère³⁹.

De même, il ne faut pas prendre en considération la perte d'un droit (usufruit, rente viagère) consécutive au décès du de cujus⁴⁰.

Lors de la revision du Code fédéral des Obligations en 1911, une proposition de M. Isler tendant à étendre la réparation à d'autres «nachweisbare Schäden» fut rejetée⁴¹.

³⁷ ATF 20, p. 203 (209).

³⁸ ATF 34 II 4 (10).

³⁹ ATF non publié du 28.6.1960, K. contre S., cité par STAUFFER SCHAETZLE (§ 10 ch. 1).

⁴⁰ VON TUHR/SIEGWART, I § 46 II 1.

⁴¹ Procès-verbal de la 7^e commission d'experts ad art. 1057.

Première partie: Les éléments de la perte de soutien

Chapitre premier: La nature juridique de la perte de soutien

§ 5 Dommage¹

A. Notion

Le dommage se définit comme *la diminution du patrimoine d'une personne qui se produit sans la volonté de celle-ci*.

Le patrimoine consiste dans l'ensemble des droits *pécuniaires* appartenant à une personne. Il comprend les droits réels, le droit de propriété avant tout, mais aussi les droits réels restreints, les droits personnels ou créances, les droits spéciaux tels que la propriété littéraire et artistique, les brevets ... et enfin les expectatives. Les droits de la personnalité n'en font pas partie, car les biens qu'ils protègent – droit à la vie, à l'intégrité physique, à l'honneur, à la vie privée, à l'image, à la liberté économique – ne sont pas estimables en argent. Cela ne signifie d'ailleurs pas qu'ils sont sans réflexes patrimoniaux.

Le dommage étant une atteinte au patrimoine, la détermination du dommage résultera de la comparaison de deux états du patrimoine. Le dommage représente donc *la différence entre l'état actuel du patrimoine du lésé et l'état dans lequel il se trouverait sans l'évènement dommageable*².

*B. Espèces*³

Un examen sommaire des différentes espèces de dommages permettra de mieux cerner la notion de perte de soutien.

a) Perte effective et manque à gagner

Cette distinction vient du droit romain.

1. *La perte effective* (*damnum emergens, der entstandene Schaden*)⁴ s'entend de la diminution du patrimoine. Cette diminution peut être due à une diminu-

¹ En France, le terme «préjudice» est pris comme synonyme. Dans la terminologie suisse, le préjudice englobe à la fois le dommage et le tort moral.

² Cette définition, reçue presque partout, est due à FRIEDRICH MOMMSEN, *Zur Lehre von dem Interesse*, Braunschweig, 1855, p. 3-4. ATF 87 II 290 (291); 90 II 417 (424); 97 II 169 (176).

BECKER, art. 41 CO n. 6; VON BÜREN, p. 42; A. KELLER, p. 39s.; GUHL/MERZ/KUMMER, § 10 II; ENGEL, p. 323; VON TUHR/PETER, § 12 III; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 ch. 1.2; OFTINGER, § 2 I A (p. 54).

³ Cf. notamment ENGEL, p. 324s.; VON TUHR/PETER, § 12 III, § 13 I 2; DESCHENAUX/TERCIER, § 3 ch. 2; OFTINGER, § 2 I A (p. 55s.) et B (p. 61).

⁴ DESCHENAUX/TERCIER (§ 3 ch. 2. 1. 1^o) emploient l'expression «perte éprouvée»; OFTINGER (§ 2 I A [p. 55]) et BECKER (art. 41 CO n. 7) celle de «positiver Schaden», dommage positif; GLARNER (p. 16) celle de «wirklicher Schaden», dommage réel.

tion de l'actif (ex. : altération, destruction ou perte d'un bien) ou à une augmentation du passif (ex. : survenance d'une dette envers un tiers).

2. *Le manque à gagner* (lucrum cessans, der entgangene Gewinn)⁵ correspond à la perte d'un gain futur. Cette perte se présente sous la forme d'une non-augmentation de l'actif (ex. : la perte de salaire consécutive à celle de la capacité de travail) ou d'un maintien du passif (ex. : le prolongement d'un contrat d'entrepôt dû à la destruction du propre hangar en construction). Le manque à gagner est souvent consécutif à une perte effective⁶.

b) Dommage corporel ; dommage matériel et autres dommages

Cette division tripartite du dommage, fondée sur la nature du bien lésé, rappelle la division tripartite des assurances de personnes, de choses et de patrimoine⁷.

1. *Le dommage corporel* (der Personenschaden) résulte d'une atteinte à la vie ou à l'intégrité corporelle d'une personne. Toutefois, pour causer un dommage, l'atteinte doit affecter le patrimoine du lésé.

2. *Le dommage matériel* (der Sachschaden) résulte d'une atteinte à une chose mobilière ou immobilière (altération, destruction ou perte).

3. *Les autres dommages* (die sonstigen Schäden), telle l'atteinte portée au crédit d'une personne, englobent les dommages qui ne sont ni corporels ni matériels.

Les méthodes de calcul de ces trois genres de dommages sont différentes⁸.

c) Dommage direct – dommage indirect⁹

Dans une première signification, cette opposition se rapporte à l'atteinte. Elle sert à distinguer les dommages selon l'intensité du lien de causalité qui les lie à l'atteinte. Elle rend la distinction allemande «mittelbarer, unmittelbarer Schaden» qui nous paraît préférable :

1. *le dommage immédiat* résulte directement de l'atteinte (ex. : le vase cassé d'un coup) ;

2. *le dommage médiate*¹⁰ résulte généralement de l'atteinte, mais entre celle-ci et le dommage s'intercalent d'autres circonstances qui font apparaître le dom-

⁵ GIARNER (p. 16) emploie également l'expression «negativer Schaden». DESCHENAUX TERCIER (§ 3 ch. 2.1. 1^{re}) celle de manque à gagner. Le CO, contrairement au BGB (§ 252), ne contient aucune définition du manque à gagner.

⁶ En principe, seul le dommage actuel, survenu et déterminable au jour du jugement donne lieu à réparation, non le dommage futur. Cf. notamment OFTINGER, § 6 I B (p. 172) et les arrêts qu'il cite à n. 3. On entend par dommage actuel, le dommage qui est survenu jusqu'au moment du calcul du dommage, et par dommage futur celui survenu postérieurement. Il existe toutefois des exceptions à ce principe. Le manque à gagner en est une. Souvent, au moment du calcul, il n'est pas seulement futur, mais hypothétique. Ainsi en est-il de la perte de soutien.

⁷ OFTINGER, § 2 I B (p. 61) n. 38.

⁸ OFTINGER, § 2 I B (p. 61) et n. 42.

⁹ Cf. également P. GIOVANNONI, RSJB 98 (1962), p. 249 (265 s.).

¹⁰ DESCHENAUX TERCIER (§ 3 ch. 2.3) emploient dans ce cas l'expression «dommage subséquent».

mage comme une conséquence plus lointaine de l'atteinte. Ces autres circonstances découlent de l'atteinte et s'y ajoutent (ex. : le dommage résultant d'une chute de la personne blessée dans l'escalier de l'hôpital).

Dans une seconde signification, la distinction a trait à la personne du lésé. Le dommage direct est celui que subit la victime directe de l'atteinte, l'indirect celui que subit le tiers lésé par ricochet ¹¹.

La terminologie qui oppose le dommage direct à l'indirect manque donc de précision. Le premier sens est juridiquement sans intérêt, puisqu'il reprend le principe de la causalité adéquate; le second est impropre, car il a trait au lésé.

Le manque à gagner est généralement un dommage médiate ¹², la perte effective un dommage immédiat ou médiate, selon les cas. Le droit de la responsabilité civile veut que tout dommage, qu'il soit médiate ou immédiat, soit réparé ¹³.

§ 6 Perte de soutien: dommage corporel, gain manqué

A. *La perte de soutien est un dommage* ¹⁴ au sens juridique du terme. Il n'y a pas de perte de soutien sans diminution de patrimoine. Les frais d'inhumation mis à part, la mort d'une personne ne constitue pas en elle-même un dommage, puisque l'être humain n'est pas un élément patrimonial. Toutefois, l'atteinte à la vie peut avoir une répercussion économique, donc causer un dommage. Le dommage n'est pas subi par le défunt, qui ne peut pas acquérir de droit ¹⁵, ni par sa succession. Il est subi par des tiers, les personnes soutenues (art. 45 al. 3 CO), et il correspond à *la perte des prestations d'entretien* que des tiers recevaient du défunt.

Comme tout dommage, *la perte de soutien se calcule* ¹⁶. Il ne s'agit pas d'estimer le prix de la vie d'un homme, mais *de déterminer la valeur économique que les prestations de la victime représentaient pour les personnes soutenues*. La perte de soutien fait naître une créance en indemnisation et il importe peu que le décès du soutien survienne immédiatement ou seulement plus tard ¹⁷.

¹¹ On parle également dans ce cas de dommage réflexe ou de dommage causé à un tiers (der Drittschaden).

¹² OFTINGER, § 2 I A (p. 60) et n. 35.

¹³ OFTINGER, § 2 I A (p. 59 in fine à 60 in initio).

¹⁴ Ce sujet fait l'unanimité de la doctrine: IM HOF, op. cit. § 3 n. 12, p. 8; GLARNER, p. 46; STREBEL, art. 41 LA n. 41; MOSER, p. 34; MAYR, p. 18 s., 29; FEHR, p. 22, 68; MARTI, p. 1; DESCHENAUX/TERCIER, § 25 ch. 4; OFTINGER, § 6 IV D a (p. 230).

Insatisfaisant, l'ATF 58 II 29 (41), JT 1932 I 359 (370) où, selon le Tribunal fédéral, «le dommage pour perte de soutien n'est pas un dommage pécuniaire proprement dit...». Qu'est-il alors?

¹⁵ Plus précisément, la jouissance et l'exercice de ses droits civils (art. 11 et 12 CC).

¹⁶ Cf. infra deuxième partie.

¹⁷ Si la mort ne survient que plus tard, la victime subira un dommage pour lésions corporelles (art. 46 CO). Cf. infra § 43.

*La perte de soutien n'est pas un tort moral*¹⁸. Il faut se garder de commettre cette confusion assez courante. Contrairement au dommage, le *tort moral* est de nature *extra-patrimoniale*¹⁹. Il concerne les souffrances physiques et psychiques d'une personne atteinte dans sa personnalité. Le lésé peut souffrir d'un tort moral sans subir aucune perte de soutien et l'inverse est aussi vrai. L'étendue du tort moral dépend notamment de l'intensité des souffrances du lésé. Elle ne se calcule pas mathématiquement, elle s'estime.

«En matière de tort moral, le rôle du juge consiste à supputer le montant de la somme d'argent nécessaire à la compensation de ce préjudice; c'est dire que les éléments sur lesquels il peut tableer sont en principe subjectifs et inappréciables en argent²⁰.»

La perte de soutien se calcule indépendamment de la gravité des souffrances éprouvées par les personnes soutenues, ce que les praticiens ont parfois peine à faire comprendre aux intéressés. Son indemnisation sert à combler une diminution de patrimoine, non pas à compenser pécuniairement un chagrin.

L'atteinte à la vie, qui cause à la fois une perte de soutien et un tort moral, ne saurait faire l'objet d'une indemnisation globale²¹. Les conditions et les buts des deux sortes d'indemnité sont différents²². Le dommage ouvre une action en dommages-intérêts, le tort moral une action en réparation de ce préjudice. Ces deux actions doivent pouvoir faire l'objet de recours judiciaires distincts; l'estimation du tort moral et le calcul de la perte de soutien doivent pouvoir être vérifiés séparément.

B. *La perte de soutien est la conséquence d'une atteinte à l'intégrité corporelle.*

C. *La perte de soutien est un exemple de *lucrum cessans**²³. Pour calculer le *lucrum cessans*, il faut déterminer l'augmentation que le patrimoine aurait connue sans la survenance du fait dommageable. Le recours fréquent à des suppositions fait du manque à gagner une notion conjecturale. Son existence, souvent

¹⁸ L'expression malheureuse du Tribunal fédéral dans l'ATF 93 II 89 (97 s.), JT 1968 I 322 (329): «Il n'existe aucun motif permettant de tenir compte, dans le cadre de l'indemnité pour tort moral, d'une perte de soutien...» pourrait faire croire le contraire. Or, il est évident qu'on ne peut pas tenir compte d'un dommage dans la détermination du tort moral, ces deux préjudices étant de nature différente.

Sur le tort moral, cf. OFTINGER, § 8 (p. 286 s.) et les auteurs qu'il cite; TERCIER, Contribution à l'étude du tort moral et de sa réparation en droit civil suisse (thèse Fribourg 1971), et les ouvrages cités dans sa bibliographie.

¹⁹ OFTINGER (§ 8 I [p. 288] n. 14) critique à juste titre l'emploi des expressions «dommage immatériel», «dommage moral».

²⁰ TERCIER, p. 248.

²¹ Même avis, TERCIER, p. 44 et n. 2 à 5. Il arrive malheureusement aux tribunaux de procéder ainsi.

²² OFTINGER, § 8 I (p. 288).

²³ En cas de mort d'homme, la perte de gain résultant de l'incapacité de travail de la victime entre l'accident et sa mort (art. 45 al. 2 CO) est aussi un exemple de *lucrum cessans*.

incertaine, et son calcul, toujours hypothétique, sont difficiles à prouver ou à vérifier. C'est pourquoi le législateur permet dans certains cas au juge de prendre en considération le cours ordinaire des choses, c'est-à-dire de recourir à l'expérience générale de la vie (art. 42 al. 2 CO)²⁴. Cette possibilité vaut, a fortiori, pour la perte de soutien, qui porte en général sur une longue durée. Nous en verrons les conséquences au niveau des preuves²⁵ et du calcul du dommage²⁶.

Chapitre 2: Le soutien²⁷

§ 7 Particularité du droit suisse

Les premières lois sur la responsabilité civile, antérieures à l'ancien Code fédéral des Obligations, ne connaissaient pas le terme de «soutien»²⁸. En cas de mort, elles prévoyaient un droit à l'indemnisation uniquement si la victime avait une obligation légale d'entretien envers celui qui la faisait valoir. Même la loi fédérale sur la responsabilité civile des fabricants, du 25 juin 1881, pourtant contemporaine de l'ancien Code fédéral des Obligations, ignorait le terme de soutien²⁹.

Particulier au droit suisse, le terme de soutien est né lors de l'élaboration du Code fédéral des Obligations de 1881³⁰. Rendu nécessaire par la façon dont se régla le problème du droit à l'indemnisation en cas de décès d'une personne³¹, il fut choisi à dessein³². En effet, l'ancien article 52 al. 3 CO, repris par l'actuel article 45 al. 3 CO, ne subordonna plus l'indemnisation à l'existence d'un lien de droit entre la victime et le demandeur en indemnisation. Tout dépendait dorénavant du *seul entretien de fait*: est un soutien celui qui aurait fourni *en fait* l'entretien à une autre personne.

Les droits allemand, autrichien, français et italien ignorent le terme de soutien.

²⁴ Cf. infra § 47.

²⁵ Cf. infra § 47.

²⁶ Cf. infra deuxième partie.

²⁷ En allemand, «Versorger»; en italien, «sostegno».

²⁸ Par exemple l'art. 2 et l'art. 5 al. 2 de la loi fédérale sur la responsabilité des entreprises de chemins de fer et de bateaux à vapeur, en cas d'accidents entraînant la mort d'hommes ou lésions corporelles, du 1^{er} juin 1875.

²⁹ Art. 1^{er} et art. 6 lit. a in fine.

³⁰ MAYR, p. 29–30; PICCARD, in SZS 9 (1965), p. 161 (166); SCHNEIDER/FICK, art. 52 COa n. 2.

³¹ Même avis MARTI, p. 15 in fine.

³² SCHNEIDER/FICK, art. 52 COa n. 2.

§ 8 Définition

La loi ne définit pas le soutien. La jurisprudence considère comme *soutien la personne qui, si elle n'était pas décédée, aurait assuré, en fait, immédiatement ou dans un avenir plus ou moins rapproché*³³, par des prestations régulières et gratuites, tout ou partie de l'entretien d'une autre personne³⁴. Cette définition vaut pour les articles 45 al. 3 CO, 2 LRC et 5 al. 1 LRCF³⁵.

1. Il est clair que le soutien est toujours une *personne physique*. La dissolution d'une personne morale, par exemple celle d'une fondation imputable à faute à un responsable, ne saurait causer une perte de soutien.

2. Le *seul fait* de participer à l'entretien d'une autre personne donne la qualité de soutien. Celle-ci, étant indépendante de la parenté ou d'une obligation légale ou contractuelle d'entretien, peut notamment être reconnue au fiancé.

3. La perte de soutien est un gain manqué. C'est pourquoi l'entretien fourni par le soutien avant son décès n'implique pas nécessairement un entretien futur³⁶, bien qu'il en constitue un indice. La qualité de soutien existe uniquement si l'entretien se fût prolongé dans le futur. Exemple : Un fils de 23 ans termine ses études et acquiert son indépendance économique. Le père, son soutien, décède dans un accident une semaine après. Bien qu'il ait soutenu son fils pendant 23 ans, le défunt n'avait plus la qualité de soutien car, en cas de survie, il ne lui aurait vraisemblablement plus fourni de prestations d'entretien.

4. La jurisprudence constante³⁷ considère comme soutien non seulement celui qui, avant son décès, subvenait déjà à l'entretien d'une autre personne et qui aurait continué d'y subvenir, mais aussi celui qui, d'après l'expérience générale

³³ L'ATF 35 II 275 (285) parle d'avenir plus ou moins «lointain». L'expression «plus ou moins rapproché» est meilleure, car plus l'avenir est lointain, plus l'existence d'un soutien est hypothétique.

³⁴ Pour une jurisprudence constante :

ATF 16, p. 812 (816), JT 1891 I 113 (116); 19, p. 321 (325); 22, p. 1220 (1226), Sem. jud. 1897, p. 494 (496); 23 II 1740 (1748), JT 1898 I 272; 33 II 80 (88); 34 II 447 (455); 44 II 66 (66-67); 53 II 123 (125), JT 1927 I 338 (341); 53 II 50 (52); 54 II 9 (17); 58 II 213 (217); 58 II 29 (37), JT 1932 I 359 (367); 72 II 192 (196-197), JT 1947 I 186 (190); ATF 82 II 36 (39).

SCHNEIDER FICK, art. 52 CO a n. 2; OSER SCHÖNENBERGER, art. 45 CO n. 9 s.; STREBEL, art. 41 LA n. 37; BECKER, art. 45 CO n. 7; THILO, in JT 1932 I 35; MOSER, p. 49; MAYR, p. 30; MARTI, p. 17-19; FEHR, p. 10, 36; VON TUHR SIEGWART, § 48 I 1; BROSSER, in JT 1942 I 72; VON BÜREN, p. 275; GUHL MERZ/KUMMER, § 24 II 2; OFTINGER, § 6 IV D b 1 et 2 (p. 231 et 233).

³⁵ ATF 34 II 4 (9), 447 (455); 53 II 50 (52); 54 II 9 (17); 72 II 192 (196), JT 1947 I 186 (190).

³⁶ La définition du soutien donnée dans l'arrêt 82 II 36 (39) et reprise par toute la doctrine récente paraît moins heureuse, parce qu'elle est moins précise : «Aussi le Tribunal fédéral, dans une jurisprudence constante (...), ne considère-t-il comme soutien que la personne qui, par des prestations gratuites dans leur principe, assure en fait l'entretien d'une autre ou y contribue.»

³⁷ ATF 16, p. 812 (816), JT 1891 I 113 (116-117); 17, p. 638 (642), JT 1891 I 709 (712); 18, p. 394 (398); 19, p. 321 (325); 22, p. 1220 (1226), Sem. jud. 1897, p. 494 (496); 32 II 508 (513); 33 II 80 (88); TF à JT 1908 I 450 (454); 34 II 447 (455); 34 II 97 (103); 35 II 275 (285); 44 II 66 (66-67); 53 II 123 (126), JT 1927 I 338 (341); 53 II 50 (52); 54 II 9 (17); 57 II 53 (55); 58 II 213 (217); 58 II 29 (37), JT 1932 I 359 (367); 62 II 58 (58-59); 72 II 192 (196-197), JT 1947 I 186 (190).

de la vie, aurait fourni cet entretien dans un avenir plus ou moins rapproché³⁸. «Il serait hautement inéquitable de refuser toute indemnité au lésé parce que le hasard a voulu que sa mort survienne à un moment où la victime n'était pas en état de fournir de l'assistance»³⁹ ou à un moment où le tiers n'avait pas encore besoin de soutien. Ainsi sont soutiens, selon les circonstances, un enfant qui ne gagne pas encore sa vie, un fiancé⁴⁰, un mari chômeur au moment de son décès⁴¹. Encore faut-il que l'époque pour laquelle des prestations d'entretien sont prévues ne soit pas trop éloignée⁴² et que l'octroi de l'entretien atteigne un certain degré de certitude selon le cours normal des choses et l'expérience générale de la vie⁴³.

En Allemagne également, l'obligation légale de fournir des aliments ne doit pas nécessairement exister au moment même du décès de la victime⁴⁴.

5. Le soutien n'est pas nécessairement celui qui fournit seul tout l'entretien d'une personne⁴⁵.

§ 9 Perte de soutien immédiate et perte de soutien différée

M. OFTINGER⁴⁶ divise les soutiens en deux catégories: *effectifs et hypothétiques*.

Le *soutien effectif* (wirklich) est celui qui, à l'époque de sa mort, a déjà fourni l'entretien au demandeur. Le *soutien hypothétique*⁴⁷ (hypothetisch) est celui qui, selon toute vraisemblance, aurait fourni un jour l'entretien au demandeur s'il n'était pas décédé.

Cette terminologie reprise par d'autres auteurs⁴⁸ ne nous semble pas très heureuse⁴⁹. En effet, la victime est un soutien si elle eût fourni un entretien pour la période postérieure à son décès. Or, cette question implique toujours une part d'hypothèse, même si la victime fournissait déjà des prestations d'entretien avant son décès. Si, d'ailleurs, on admet que la victime aurait un jour soutenu le demandeur, on la considère comme un soutien effectif.

³⁸ Cf. infra § 9.

³⁹ ATF 58 II 29 (37–38), JT 1932 I 359 (367).

⁴⁰ Cf. infra § 10 F.

⁴¹ Sem. jud. 1936, p. 489 (492), résumé in RSJ (1936/1937) 33, p. 184.

⁴² TF à JT 1896 I 567 (576); TF à JT 1946 I 489 (490).

⁴³ ATF 58 II 213 (217).

⁴⁴ STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n. 53.

⁴⁵ ATF 34 II 97 (103).

⁴⁶ § 6 IV D b 1 et 2 (p. 231–234).

⁴⁷ Le Tribunal fédéral parle dans ce cas de soutien «futur» (ATF 62 II 58).

⁴⁸ Notamment DESCHENAUX/TERCIER, § 25 ch. 4.2.

⁴⁹ Même avis, MARTI, p. 14–15.

Nous préférons distinguer dans les mêmes cas entre la *perte de soutien immédiate* et la *perte de soutien différée*. Il y a *perte immédiate* quand la victime fournissait des prestations d'entretien au demandeur avant son décès et aurait continué de les fournir. Il y a *perte différée* quand la victime ne fournissait pas de prestations d'entretien au demandeur avant son décès, mais lui en aurait fournies selon toute vraisemblance dans un avenir plus ou moins rapproché. Les cas de perte différée sont plus rares et, comme la part de l'hypothèse est beaucoup plus grande, le cercle des ayants droit est plus restreint⁵⁰.

§ 10 Principaux soutiens

Aucun texte législatif n'énumère les différentes catégories de soutiens. Mais la jurisprudence du Tribunal fédéral permet du moins de passer en revue celles qui sont le plus souvent en cause.

Le décès du mari et père constitue le cas de perte de soutien le plus fréquent et le plus important⁵¹. MM. STAUFFER et SCHAEZLE relèvent que «le nombre de ces cas s'est accru ces dernières années de façon effrayante en raison de l'augmentation extraordinaire des accidents de la circulation»⁵².

A. Le conjoint

1. Le *mari* est, en règle générale, le soutien de sa femme⁵³. Il a envers elle une obligation légale d'entretien (art. 160 CC) quel que soit le régime matrimonial. Son décès cause à l'épouse une perte immédiate. Il cause une perte différée, par exemple lorsque, à son décès, le mari ne gagne pas encore sa vie ou est momentanément sans travail⁵⁴ ou que l'épouse gagne elle-même sa vie⁵⁵. Le mari peut être le soutien de sa femme même s'il a déjà un certain âge et qu'il l'aide surtout dans le ménage⁵⁶. En revanche, il ne soutient pas son épouse si, incapable de travailler en raison d'une maladie, d'une invalidité, de son âge, etc., il se trouve entièrement à charge.

⁵⁰ OFTINGER, § 6 IV D b 2 (p. 233).

⁵¹ STAUFFER-SCHAEZLE, § 9 ch. 1. Il suffit d'examiner la jurisprudence du Tribunal fédéral pour s'en convaincre.

⁵² § 9 ch. 1.

⁵³ Parmi de nombreux arrêts: ATF 54 II 367, JT 1929 I 43 (44); 56 II 267, JT 1931 I 41 (42); 58 II 135 (136); 59 II 461 (462), JT 1934 I 402 (403); TF à JT 1934 I 300 (302).

⁵⁴ Sem. jud. 1936, p. 489 (492).

⁵⁵ ATF 35 II 238 (246), JT 1910 I 514 (521).

⁵⁶ Sem. jud. 1962, p. 532 (538). A l'époque de son décès, le défunt, infirmier retraité était très vigoureux, malgré ses 72 ans. Il donnait encore des soins à l'occasion, ce qui procurait quelques ressources au ménage. Mais surtout, il effectuait dans le ménage «toutes les besognes fatigantes, faisait les courses, cultivait son jardin qui produisait fruits et légumes, apportant ainsi à sa femme, dont la santé est chétive, un concours considérable, lui donnant aussi des soins».

En principe, le *mari divorcé* est le soutien de son ex-femme s'il doit lui verser une pension alimentaire (art. 152 CC) ou une rente à titre d'indemnité (art. 151/153 CC) qui n'est pas transmissible pour cause de mort⁵⁷. Le Tribunal fédéral, en accord avec la doctrine, a jugé récemment que la pension alimentaire de l'article 152 CC ne passe pas aux héritiers du débiteur⁵⁸. Dans le même arrêt, il a précisé qu'une rente fondée sur l'article 151 CC ne passe aux héritiers du débiteur que si elle ne tend pas à compenser la perte du droit à l'entretien par le conjoint⁵⁹. «C'est donc le fondement juridique de la rente après divorce qui est décisif pour juger si la dette en est héréditairement transmissible» et, par voie de conséquence, qui détermine également l'existence d'une perte de soutien⁶⁰. Lorsque la question de la transmissibilité de la dette est obscure, «il appartient à celui qui prétend en déduire des droits de prouver que la rente est due à tel titre déterminé...»⁶¹. Quand la rente est due en vertu d'une convention de divorce, il faut interpréter la convention en tenant compte des circonstances. Un mari divorcé est le soutien de son ex-femme s'il lui fournissait et aurait continué à lui fournir des prestations d'entretien.

Faut-il tenir compte d'un *divorce éventuel ou probable*? En principe, il ne faut pas retenir la simple éventualité qu'une épouse aurait pu perdre son soutien à la suite d'un divorce⁶². La situation est différente si l'action en divorce était introduite au moment du décès⁶³. Dans ces cas, le juge déterminera préalablement le sort probable du procès, à titre préjudiciel⁶⁴. Le mari est alors le soutien de sa femme s'il apparaît qu'il aurait été condamné à lui payer une pension alimentaire ou une rente non transmissible pour cause de mort. Sinon, le mari n'est le soutien de son épouse que pendant la durée de la procédure⁶⁵.

⁵⁷ OFTINGER, § 6 IV D (p. 232) n. 364.

⁵⁸ ATF 100 II 1 (2), JT 1975 I 40 (41), en la cause W. c. C. du 1^{er} février 1974.

⁵⁹ ATF 100 II 1 (2), JT 1975 I 40 (41).

⁶⁰ En France, la pension alimentaire attribuée à un époux, en application de l'art. 301 CCfr. ne s'éteint pas à la suite du décès du débiteur de la pension : mais comme elle constitue une dette du patrimoine de celui-ci, elle fait partie du passif de sa succession et doit continuer à être acquittée par ses héritiers. Dès lors, la femme divorcée ne peut prétendre à aucune indemnité à la suite du décès accidentel de son ex-mari (Gaz. Pal. 1972. J. 799, Cour de Cassation, Chambre criminelle).

⁶¹ ATF 100 II 1 (2), JT 1975 I 40 (41).

⁶² ATF 37 II 462 (470). Le Tribunal fédéral a tout d'abord admis la grande vraisemblance d'un mariage prochain. En effet, les fiancés vivaient déjà maritalement et la promesse de mariage avait été publiée 4 jours avant l'accident. Dès lors, il a jugé que la possibilité d'un divorce était bien trop hypothétique dans le cas particulier pour qu'elle puisse être prise en considération. Nous ne pensons pas, contrairement à STAUFFER/SCHAETZLE (§ 9 ch. 1), que le Tribunal fédéral ait voulu donner in casu une portée générale à sa décision.

⁶³ OFTINGER, § 6 IV D d (p. 247) n. 462; STAUFFER/SCHAETZLE, § 9 ch. 1.

⁶⁴ OFTINGER, § 6 IV D d (p. 247) n. 462.

⁶⁵ Le Tribunal fédéral considère la vraisemblance d'un divorce plutôt comme une cause de réduction de l'indemnité (ATF 37 II 462 [470]). Cela nous semble critiquable. Ou bien le divorce futur est suffisamment certain pour être pris en considération, et on est alors dans l'hypothèse où il y aurait eu divorce; ou bien il n'est pas suffisamment certain et il n'y a pas lieu d'en tenir compte.

En Allemagne, l'éventualité d'un divorce, sans l'introduction d'une action, n'est pas prise en considération⁶⁶.

Le *mari séparé de corps* est, en principe, le soutien de sa femme. En effet, la séparation de corps n'abolit pas l'obligation d'entretien de l'article 160 al. 2 CC.

2. La femme peut être le soutien de son mari⁶⁷.

La jurisprudence ancienne marque une grande réserve à cet égard⁶⁸. Etait soutien de son mari uniquement l'épouse qui exerçait elle-même une activité lucrative et qui participait, par conséquent, directement à l'entretien de celui-ci. Encore fallait-il que le mari ne gagne pas une somme suffisante pour couvrir ses besoins.

En 1927, le Tribunal fédéral a abandonné cette jurisprudence trop étroite: une femme peut soutenir son mari par le seul fait qu'elle *tient le ménage*.

«Même si, par cette activité, la femme ne fournit pas directement des moyens d'existence à son mari, le résultat économique est le même, en ce sens qu'elle lui permet ainsi d'affecter une part de ses ressources à la satisfaction d'autres besoins impérieux⁶⁹.»

Aux termes des articles 159 et 161 CC, la femme doit aide et assistance à son mari en vue de la prospérité commune. Or, l'activité déployée par une femme mariée dans son ménage représente une valeur économique, même si elle ne procure pas un salaire. Elle contribue à l'entretien de celui qui en bénéficie. Sa suppression peut donc causer un dommage au mari et, d'une façon plus générale, au foyer. C'est d'ailleurs sous cette forme que la femme fournit le plus fréquemment une contribution à l'entretien de son mari.

Puisqu'une femme peut soutenir son mari (et ses enfants) en tenant le ménage, à plus forte raison peut-elle le soutenir si elle l'*aide dans son commerce*⁷⁰ ou dans

⁶⁶ BGH, Urt. v. 19. 3. 1974, NJW 1974, p. 1236. La doctrine a approuvé ce point de vue: cf. les auteurs cités in NJW 1974, p. 1237, Anm. d. Schriftltg.

⁶⁷ ATF 53 II 123 (125), JT 1927 I 338 (341); 57 II 180 (182), JT 1932 I 41 (44); 60 II 325 passage publié in JT 1935 I 98 (101); 66 II 165 passage publié in JT 1941 I 143 (152); 66 II 175 (177); 82 II 36 (39); 82 II 132 (134-135); 101 II 257 (260); 102 II 90 (92), JT 1977 I 443.

Au sujet de la femme soutien, cf. notamment A. GIRSBERGER, RSJ 61 (1965), p. 273 s.; STAUFFER SCHAETZLE, § 10 ch. I; WUSSOW, NJW 1970, p. 1393 s.

⁶⁸ ATF 18, p. 394 (399), JT 1892 I 239: «Bien que, dans la règle, le mari doive être envisagé comme le «soutien» de sa femme, dans le sens de l'article 52 CO, et non la femme comme le soutien du mari, cependant cette dernière éventualité peut se réaliser dans un cas exceptionnel, par exemple lorsque la femme, travaillant dans une fabrique gagne un salaire régulier pendant toute l'année, tandis que le métier exercé par le mari comporte une période de chômage pendant l'hiver et que, pendant ce temps, la femme consacre son gain aux dépenses du ménage.»

ATF 53 II 123 (125), JT 1927 I 338 (340-341) qui résume l'ancienne position du Tribunal fédéral.

⁶⁹ ATF 53 II 123 (125-126), JT 1927 I 338 (341), confirmé maintes fois, cf. arrêts cités à n. 67, ZR 41 (1942) n° 63, p. 161; 71 (1972) n° 72, p. 218 (224).

JT 1970 I 446 (arrêt du Tribunal cantonal vaudois).

⁷⁰ ATF 57 II 180 (182-183), JT 1932 I 41 (44-45). La femme soignait ses deux enfants et s'occupait seule du ménage, charge d'autant plus grande que les aides et ouvriers de son mari avaient chambre et pension dans la maison. Au surplus, elle travaillait dans le commerce de son mari, vendant couleurs et pétrole et procédant à des mensurations chez des clients.

sa profession⁷¹ ou en exerçant une activité lucrative qui profite à l'entretien de son conjoint⁷². Elle peut aussi, éventuellement, avoir qualité de soutien de son mari par le fait qu'elle participe à des réceptions ou à d'autres événements mondains⁷³.

L'épouse ne soutient son conjoint que si elle contribue réellement (en espèces, nature ou travail) à l'entretien de celui-ci⁷⁴, qui doit subir, à la suite du décès de sa femme, une atteinte à son niveau de vie⁷⁵. En d'autres termes, la contribution qu'elle apporte à l'entretien de son mari doit dépasser l'entretien qu'elle reçoit de lui⁷⁶, de sorte qu'il est contraint par ce décès de réduire son train de vie⁷⁷. Il faut donc comparer la situation du mari après la mort de sa femme avec celle qu'il aurait eue si elle n'était pas décédée prématurément⁷⁸.

La femme n'est pas le soutien de son mari si celui-ci doit, en raison de son décès, renoncer simplement à des dépenses somptuaires, dépassant les dépenses propres à son niveau de vie et qu'il pouvait s'offrir jusqu'alors⁷⁹.

Le décès d'une épouse cause généralement une perte immédiate⁸⁰. Le mari subit une perte différée, par exemple lorsqu'en raison de son état de santé, il diminuera sensiblement ou cessera prématurément son activité, ou que son épouse, sensiblement plus jeune, aurait pu le seconder, voire le remplacer dans son commerce ou sa profession quand sa capacité de travail aurait diminué⁸¹. Dans ces mêmes cas, il peut aussi y avoir perte immédiate avec augmentation successive des prestations d'entretien.

Nos réflexions relatives au *mari divorcé* valent, mutatis mutandis, pour l'épouse. Il convient simplement de remarquer que la femme est très rarement condamnée à payer à son ex-mari une pension alimentaire ou une rente.

L'épouse séparée de corps n'est pas, en règle générale, le soutien de son mari.

ATF non publié cause Miesch c. Tarenghi, du 31 mai 1926: l'épouse tenait une pension d'ouvriers. ZR 71 (1972) n° 72, p. 218 (224): l'épouse tenait seule le ménage et travaillait à temps complet dans la laiterie de son mari.

⁷¹ Sem. jud. 1958, p. 27 (31): la femme tenait le ménage et aidait le mari dans le cadre de sa profession de maître d'hôtel, lors des réceptions qu'il était chargé d'organiser.

⁷² ATF 60 II 325 passage publié in JT 1935 I 98 (101); 82 II 132 (134-135).

⁷³ ZR 41 (1942) n° 63, p. 161. RSJB 80 (1944), p. 329. JT 1970 I 446.

⁷⁴ STAUFFER SCHAETZLE, § 10 ch. I.

BÉRAUD, p. 18-19, n° 25, et 39-40 n° 64.

⁷⁵ Certains arrêts parlent d'*aide efficace*. Sem. jud. 1958, p. 27 (31). RVJ 1961, p. 75 (79).

ATF 53 II 123 (126). JT 1927 I 338 (341-342): ne fut pas considérée comme soutien l'épouse qui, souffrant d'une maladie chronique des reins, faisait souvent d'assez longs séjours à l'étranger.

⁷⁶ Cf. les arrêts cités à n. 67. Cette condition ne fut pas remplie dans l'ATF 82 II 36 (39).

⁷⁷ Les frais d'entretien de l'épouse comprennent notamment: les vêtements, la nourriture, les divertissements, les vacances, les cadeaux, certaines dépenses, ...: ATF 82 II 36 (40).

⁷⁸ ATF 101 II 257 (260); 102 II 90 (93-95), JT 1977 I 443 (444). Cf. infra §§ 25 A, 26 A.

⁷⁹ ATF 82 II 36 (39); 82 II 132 (135); 101 II 257 (260).

⁸⁰ ATF 59 II 461 (463). JT 1934 I 402 (405): ATF non publié K.c.S. du 28 juin 1960, cité par STAUFFER SCHAETZLE (§ 10 ch. I).

⁸¹ STAUFFER SCHAETZLE, § 10 ch. I.

⁸² ATF 57 II 180 (183), JT 1932 I 41 (45).

B. Les père et mère

1. Le père doit pourvoir à l'entretien, à l'éducation et aux études de ses enfants (art. 160, 272 al. 1 CC). Il est en général leur soutien⁸². Il l'est même si son épouse se remarie et que le nouveau mari est en mesure de pourvoir à l'entretien⁸³ de ses beaux-fils et belles-filles. Le parâtre peut être le soutien de l'enfant que sa femme a eu d'un précédent mariage⁸⁴. Le père divorcé est le soutien de ses enfants s'il leur paie ou doit leur payer une pension alimentaire (art. 156 al. 2 CC). Il en va de même du père séparé de corps⁸⁵. Enfin le père peut être le soutien de son enfant né hors mariage⁸⁶.

En revanche, n'est pas considéré comme soutien, le père qui ne subviendra jamais à l'entretien de ses enfants, ni celui qui assure leur entretien, alors qu'ils sont à même de subvenir eux-mêmes à leurs besoins⁸⁷.

Le décès du père cause généralement aux enfants une perte immédiate.

2. La mère est en principe le soutien de ses enfants, même si leur père survit et pourvoit à leur entretien⁸⁸ et qu'elle ne fait que tenir le ménage⁸⁹. En effet, son soutien est parallèle et complémentaire à celui de son mari (art. 161 CC).

Parfois la mère pourvoit seule à l'entretien des enfants, par exemple lorsque son mari est décédé, que son ex-mari ne participe pas à leur entretien⁹⁰ ou que le père de ses enfants reste inconnu.

⁸² Parmi de nombreux arrêts: ATF 25 II 763 (764, 770); 35 II 90 (91, 94). Sem. jud. 1909, p. 536 (536, 539); 50 II 190, JT 1924 I 462 (463); 54 II 294, JT 1929 I 309; 58 II 135 (136); 59 II 461 (462), JT 1934 I 402 (403); 72 II 165 (168), JT 1946 I 616 (619).

⁸³ ATF 72 II 165 (168), JT 1946 I 616 (619-620): «... on ne voit pas en effet pourquoi l'auteur d'un acte illicite devrait être libéré de sa responsabilité aux dépens du beau-père.»

Avant la révision du droit de la filiation, la doctrine et la jurisprudence avaient déduit de l'art. 159 al. 2 et 3 CC une obligation d'entretien subsidiaire du parâtre et de la marâtre (cf. notamment HEGNAUER, Komm. ZGB [Berne 1969], art. 272 CC n. 31 s. et les arrêts et auteurs cités). Le nouveau droit de la filiation prévoit expressément (art. 278 al. 2 CC) le devoir pour chacun des époux d'assister l'autre de façon équitable dans l'accomplissement de son obligation d'entretien envers les enfants nés avant le mariage. L'enfant n'a pas un droit direct à cette assistance: il appartient au père ou à la mère selon le sang. Le parâtre ou la marâtre ne pourrait pas être appelé à cette assistance si et dans la mesure où l'enfant possède, à la suite du décès de son père ou de sa mère, une prétention en indemnisation de la perte de soutien (cf. art. 276 al. 3 CC).

⁸⁴ ATF 24 II 867 (874); 72 II 165 (170), JT 1946 I 616 (620-621).

⁸⁵ OFTINGER, § 6 IV D b (p. 231) n. 361.

⁸⁶ Cf. également infra § 15 C enfant en tant qu'ayant droit.

⁸⁷ ATF 37 II 365 (367), JT 1912 I 460 (462-463).

⁸⁸ ATF 57 II 180 (184), JT 1932 I 41 (45-46). Se fondant sur VON TUHR (Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts I II, Zurich 1924 1925, I § 48 I), le TF déclare que «l'auteur de l'acte illicite ne peut se prévaloir du fait que d'autres personnes, qu'elles soient ou non juridiquement obligées de le faire, s'occuperont désormais du lésé...».

ATF 60 II 325, passage publié in JT 1935 I 98 (101).

⁸⁹ ATF 57 II 180 (181), JT 1932 I 41 (44); 66 II 175 (177); 82 II 36 (40); 101 II 257 (260); 102 II 90 (92), JT 1977 I 443; ZR 71 (1972) n° 72, p. 218 (224);

Un cas particulièrement tragique: noyade de la mère, puis du père dans la tentative de la sauver: ATF 31 II 203 (209), JT 1906 I 580 (588).

⁹⁰ Par ex. ATF 57 II 104 (111), JT 1931 I 338 (346): l'ex-mari était insolvable et ne voulait pas subvenir à l'entretien de son enfant.

La mère divorcée ou séparée de corps, à qui les enfants ont été attribués, est en principe leur soutien⁹¹. Si les enfants n'ont pas été attribués à la mère, nos réflexions relatives au père divorcé ou séparé de corps valent, mutatis mutandis. Le décès de la mère cause généralement aux enfants une perte immédiate.

C. Les enfants

1. Perte immédiate

Les enfants peuvent être les soutiens de leurs parents⁹². Peu importe que l'argent avec lequel une fille fournit l'entretien à sa mère soit versé par le gendre⁹³ ou que le soutien provienne des prestations de travail gratuites de l'enfant sur le domaine ou dans le commerce des parents⁹⁴.

2. Perte différée

Les enfants soutiennent également leurs parents s'ils leur auraient fourni des prestations d'entretien dans un avenir plus ou moins rapproché⁹⁵. Encore faut-il qu'ils en aient les moyens et leurs parents le besoin.

Le problème est plus délicat lorsque l'enfant décède en bas âge. La jurisprudence admet qu'il puisse être un soutien⁹⁶.

⁹¹ Pour un exemple: ATF 46 II 154 (156).

⁹² Cas d'enfants fournissant déjà des prestations d'entretien à leurs parents avant leur décès, et considérés comme leurs soutiens:

15 ans: (travail à la campagne) ATF non publié, extrait in JT 1942 I 477 n° 30;

17 ans: (femme de chambre) ATF 36 II 218, JT 1912 I 194;

18 ans: (ouvrier) ATF 59 II 364; RVJ 1960, p. 62;

19 ans: (travail à la campagne) ATF 64 II 53;

22 ans: (travaillant de temps en temps dans le commerce de ses parents) ATF 16, p. 812, JT 1891 I 113;

25 ans: (mineur) ATF 37 II 462, cas d'application de l'article 2 LRC;

27 ans: (employée dans une étude d'avocat) ATF 41 II 703, JT 1917 I 8; TF à JT 1953 I 473 n° 42;

33 ans: (ouvrier) TF à JT 1905 I 131;

55 ans: (ouvrière de fabrique) TF à JT 1943 I 459 n° 26.

⁹³ ATF 74 II 202 (210), JT 1949 I 516 (523–524).

⁹⁴ ATF non publié, résumé in JT 1942 I 477 n° 30. Cf. la prestation d'entretien, infra chap. III et ALICE WEGMANN, in RSJ 61 (1965), p. 100.

⁹⁵ ATF 34 II 97 (103); 57 II 53 (55); 67 II 231 passage publié in JT 1942 I 475 (475–476).

⁹⁶ ATF 17, p. 638 (642), JT 1891 I 709 (712); 22, p. 1220 (1226), Sem. jud. 1897, p. 494 (496); 33 II 80 (88–89); 35 II 275 (285); 54 II 9 (17); 58 II 29 (38), JT 1932 I 359 (367); 58 II 213 (217–218), JT 1932 I 485 (487–488); 62 II 58 (59), JT 1936 I 330; TF à JT 1946 I 489 (490) n° 31; 79 II 350 (355).

VON TUHR (§ 48 I n. 2) estime que le père n'a droit à aucune prétention pour les services dont il est privé par le décès de son enfant. Son opinion est isolée.

Au sujet de l'âge, voici quelques exemples où ont été considérés comme soutien de leurs parents des enfants de :

3 ans et 5 mois	TF à JT 1946 I 489 n° 31 ;
4 ans et demi :	ATF 58 II 29, JT 1932 I 359 ;
5 ans :	(enfant intelligent, développé, en parfaite santé, se distinguant de ses frères plus jeunes) ATF 62 II 58 ;
6 ans :	ATF 35 II 275 ;
9 ans :	ATF 54 II 138, passage publié in JT 1928 I 290 ; RSJ (1962) 58, p. 8 n° 2, confirmé par le Tribunal fédéral : enfant normalement développé, bon élève ;
10 ans :	ATF 33 II 80 ; JT 1905 I 467 ;

Voici d'autres cas où les enfants sont plutôt d'âge moyen :

13 ans :	ATF 17, p. 638, JT 1891 I 709 ; 66 II 195 (l'arrêt ne donne pas de détails) ;
14 ans :	ATF 32 II 255 (fils apprenti) ;
15 ans :	ATF 22, p. 1220, Sem. jud. 1897, p. 494 (fils apprenti) ; 54 II 9 (commissaire boulanger), TF à JT 1943 I 460 n° 26 ; 79 II 350 ;
17 ans :	ATF 35 II 421 : cet arrêt a été critiqué à juste titre par FEHR, p. 48 ;
19 ans :	ATF 67 II 231, passage publié in JT 1942 I 475 n° 29 (fils apprenti) ;
23 ans :	Sem. jud. 1944, p. 530, JT 1945 I 420 n° 15 : fils très doué, sur le point de terminer ses études de chimie ;
24 ans :	TF à JT 1943 I 460 n° 26 : fils arrivant à la fin d'un apprentissage.

N'ont pas été considérés comme soutien, des enfants de :

15 mois :	Rep. 1930 (63), p. 376 (enfant jugé trop jeune) ;
3 ans et 8 mois :	TF à JT 1896 I 567 : l'époque pour laquelle les prestations d'entretien sont prévues est trop éloignée.

Le Tribunal fédéral remarque qu'il serait hautement inéquitable de refuser aux parents une prétention pour perte de soutien parce que le hasard a voulu que leur enfant décède à un moment où il n'était pas encore capable de leur fournir des prestations d'entretien⁹⁷. *Toutefois, l'octroi d'entretien doit être suffisamment vraisemblable. C'est à notre avis le seul critère de distinction entre le dommage futur réparable et celui qui, trop hypothétique, ne l'est pas.* Il faut une fois de plus interroger le cours ordinaire des choses et l'expérience générale de la vie⁹⁸ : le besoin de soutien des parents et la capacité de soutien des enfants dépendent de nombreux facteurs, dont la situation socio-économique, la profession, l'âge et la santé des parents⁹⁹, le nombre d'enfants, les qualités¹⁰⁰, le carac-

⁹⁷ ATF 58 II 29 (38), JT 1932 I 359 (367).

⁹⁸ ATF 58 II 29 (39), JT 1932 I 359 (368) ; 58 II 213 (217) ; 61 II 254, passage publié in JT 1936 I 333 (338).

⁹⁹ En général, leur probabilité de vie est assez longue (cf. les statistiques de probabilité de vie) et ou leur santé assez bonne pour que l'enfant puisse être en âge de gagner sa vie avant qu'ils ne décèdent.

¹⁰⁰ Un enfant malade mental ou faible d'esprit ne pourra pas soutenir ses parents.

tère¹⁰¹, la volonté de travailler, l'âge, la santé de l'enfant, les capacités, la formation qu'il aurait pu acquérir¹⁰², ses possibilités de gain¹⁰³, l'usage local¹⁰⁴ et l'usage social.

Comme on le voit, les facteurs à considérer sont nombreux et incertains. Une retenue s'impose donc dans l'admission de ce type de soutien¹⁰⁵, d'autant plus grande que le moment où le cas de soutien se serait réalisé est plus éloigné. D'ailleurs, le développement des prestations à caractère social (AVS, AI, caisse de retraite, etc.) et le recours de plus en plus fréquent à des mesures de prévoyance personnelle (assurance-vie, épargne, etc.) rendent davantage que par le passé les parents indépendants de l'aide économique de leurs enfants. De plus, au rétrécissement de la sphère familiale que les faits illustrent, semble correspondre un courant d'entretien de plus en plus unilatéral entre parents et enfants. La jurisprudence du Tribunal fédéral reflète d'ailleurs cette évolution. En effet, sauf erreur de notre part, le dernier arrêt publié, accordant une indemnité pour perte différée, a été rendu en 1953 (ATF 79 II 350).

En l'absence de décision claire de la jurisprudence, certains auteurs ont essayé de fixer l'âge en dessous duquel un enfant ne peut plus être considéré comme le soutien de ses parents¹⁰⁶. Ces tentatives nous semblent vaines, puisque le juge doit tenir compte d'une façon équitable de toutes les circonstances.

Après avoir fait preuve de libéralisme¹⁰⁷ dans l'admission d'une perte de soutien en cas de décès d'un enfant en bas âge¹⁰⁸, le Tribunal fédéral a montré par la

¹⁰¹ Le caractère de l'enfant peut être tel qu'il rend très peu probable l'octroi de prestations d'entretien de sa part (OFTINGER, § 6 IV D b 2 [p. 233]).

¹⁰² Le genre d'études ou de formation professionnelle offre un indice sérieux pour la détermination de l'activité future (probable) d'un adolescent. Il est en revanche très difficile, voire impossible, de déterminer la profession future (probable) d'un enfant : les enfants nous semblent en effet connaître, jusqu'à un âge qui varie et doit être déterminé dans chaque cas particulier, une situation d'incertitude quant au choix de la profession future. Doit-on alors présumer que l'enfant exercera le même genre d'activité que ses parents ? Le bien-fondé de cette présomption peut être discuté.

¹⁰³ Les possibilités de gain d'un garçon ne sont pas forcément plus grandes que celles d'une fille.

¹⁰⁴ Selon STAUFFER SCHAETZLE (§ 11 ch. 1), l'entretien des parents par les enfants est plus fréquent à la campagne qu'en ville.

¹⁰⁵ Même avis STAUFFER SCHAETZLE (§ 11 ch. 1) pour qui une vraisemblance suffisante fait défaut chez les enfants en bas âge et généralement chez les enfants d'âge moyen.

¹⁰⁶ MARTI (p. 22 n. 19) est d'avis que l'âge limite devrait en général coïncider avec le début de la scolarité de l'enfant. MAYR (p. 104–105) fixe la limite entre 4 ans et demi et 5 ans.

¹⁰⁷ Libéral surtout quant au principe, moins en ce qui concerne le montant de l'indemnisation : THILO (JT 1932 I 482) faisait la même constatation.

STAUFFER SCHAETZLE (§ 11 ch. 1) remarquent à ce propos avec raison que si l'arrêt du Tribunal fédéral publié au JT 1946 I 489 n° 31 admettait qu'un enfant de 3 ans et 5 mois pût être le soutien de ses parents, l'indemnité allouée (1000 fr.) ne correspondait guère à un soutien sérieux.

¹⁰⁸ Pour un rappel de sa jurisprudence, cf. ATF 57 II 53 (55–56).

¹⁰⁹ ATF 58 II 213 (217–218) ; TF à JT 1935 I 359 (362) ; 62 II 58 (59) ; TF à JT 1946 I 489 (490) n° 31 où toutefois le Tribunal fédéral a octroyé, ex aequo et bono, 1000 fr. suite au décès d'un enfant de 3 ans et 5 mois.

suite une plus grande réserve¹⁰⁹, sans toutefois exclure toute indemnisation¹¹⁰. L'indemnité pour tort moral peut alors fournir une certaine compensation¹¹¹.

D. Les frères et sœurs

Une juridiction cantonale a considéré un célibataire de 60 ans comme le soutien de sa sœur, en retenant que la moitié de la somme qu'il aurait continué de consacrer à l'entretien du ménage commun était destinée à sa parente¹¹². La constatation de fait liait ainsi le Tribunal fédéral.

Le Tribunal fédéral a considéré un ouvrier de 18 ans, remettant tout son gain à ses parents, déduction faite d'un peu d'argent de poche, non seulement comme le soutien de ses parents, mais également de ses deux frères, de 4 et 12 ans¹¹³.

Un homme, au revenu de 13 000 francs par an, a été considéré comme le soutien de sa sœur, qui tenait son ménage, car il la faisait bénéficier d'une somme annuelle de 3600 francs¹¹⁴. «La perte de soutien fut capitalisée sur cette base, bien que la sœur fût en pleine santé, sportive et qu'elle eût été sans autre capable d'exercer, dans une certaine mesure, à l'avenir, une autre activité jusqu'à un certain âge¹¹⁵.» Toutefois, comme elle ne l'avait jamais fait, elle se serait heurtée à des difficultés personnelles et pratiques et subissait ainsi un amoindrissement de la situation dont elle avait joui jusqu'à la mort de son frère¹¹⁶.

De même, notre haute Cour a considéré une fille de 27 ans comme le soutien de son cadet, âgé de 7 ans (jusqu'au début de l'activité professionnelle de celui-ci) et d'un autre frère âgé de 11 ans (pour une durée plus longue car, victime d'infirmités physiques et intellectuelles, il ne pouvait espérer gagner sa vie)¹¹⁷. La victime gagnait sa vie et aidait déjà dans une large mesure sa famille qui se trouvait dans une situation financière précaire.

Citons enfin le cas de deux sœurs et d'une perte de soutien au décès de l'une d'elle¹¹⁸.

En cas de perte différée, les cas d'un frère ou d'une sœur soutien sont exceptionnels.

¹¹⁰ ATF 62 II 58 (59).

¹¹¹ Voir les deux premiers arrêts cités à n. 109. «La jurisprudence plus récente du Tribunal fédéral se montre d'autant plus large dans l'allocation d'une réparation morale qu'elle est moins encline à accorder une indemnité pour perte de soutien, lorsqu'il s'agit de la mort d'un jeune enfant.»

En fait, en 1932, le Tribunal fédéral a inversé ces deux tendances: grande libéralité dans l'allocation d'une indemnité pour perte de soutien et certaine retenue dans l'allocation d'une réparation pour tort moral. THUR à fait la même constatation in JT 1932 I 482 (commentant l'ATF 58 II 213).

¹¹² ATF 53 II 50 (52–53).

¹¹³ ATF 59 II 364 (367, 371).

¹¹⁴ ATF non publié Z. c. H., du 23. 10. 1951, résumé au JT 1953 I 472 (472–473) n° 41, cité également par STAUFFER/SCHAETZLE (§ 13 ch. 1).

¹¹⁵ STAUFFER/SCHAETZLE, § 13 ch. 1.

¹¹⁶ STAUFFER et SCHAETZLE (§ 13 ch. 1) trouvent que le Tribunal fédéral aurait dû se montrer plus circonspect. Ignorant les faits de la cause, nous ne pouvons porter de jugement.

¹¹⁷ ATF 41 II 703 (708), JT 1917 I 8 (12).

¹¹⁸ ATF non publié du 12 février 1946, résumé in JT 1946 I 489 n° 30.

E. Les autres parents ou alliés

Le gendre ou la bru peut être le soutien de ses beaux-parents¹¹⁹, le parâtre celui de l'enfant que sa femme a eu d'un précédent mariage¹²⁰. Nous ne connaissons pas d'exemples dans la jurisprudence fédérale d'autres parents soutiens. Toutefois, des grands-parents, des petits-fils, des oncles et tantes, des neveux et nièces¹²¹, ou d'autres parents encore peuvent l'être¹²²; de même des parents nourriciers pour l'enfant placé chez eux en vue d'adoption.

F. Le fiancé

1. Le fiancé peut être le soutien de sa fiancée¹²³. La jurisprudence n'exige ni la célébration formelle de fiançailles¹²⁴, ni la certitude absolue d'un mariage¹²⁵, mais la «très grande vraisemblance d'un mariage prochain»¹²⁶. La fiancée, privée ainsi des avantages que le mariage lui aurait assurés, subit une perte différée.

Cette très grande vraisemblance a été admise dans un cas où les fiancés entretenaient «une fréquentation suivie, bien établie, que chacun dans l'entourage considérait comme définitive, sérieuse, ayant tout le caractère de fiançailles»¹²⁷. De plus, les jeunes gens étaient «travailleurs et consciencieux, de caractère sérieux»¹²⁸. La jurisprudence a aussi admis une perte de soutien dans un cas où la victime présentait la demanderesse comme sa fiancée et avait manifesté «à de nombreuses reprises et de la façon la plus catégorique, son intention d'épouser la demanderesse à brève échéance»¹²⁹. A plus forte raison, cette vraisemblance est-elle admise quand le décès est survenu à quelques jours¹³⁰, voire quel-

¹¹⁹ ATF 88 II 455 (462).

¹²⁰ ATF 24 II 867 (874); 72 II 165 (170), JT 1946 I 616 (620–621).

¹²¹ Par exemple lorsqu'un petit-fils est élevé par ses grands-parents ou un neveu par une tante et/ou un oncle.

¹²² Même avis STAUFFER/SCHAETZLE, § 13 ch. 2.

¹²³ TF à JT 1908 I 450 (453–454); ATF 37 II 462 (467); 39 II 323 (325); 44 II 66 (67); 57 II 53 (56); 66 II 206 (220–221).

¹²⁴ ATF 57 II 53 (56). La promesse de mariage de l'art. 90 al. 1 CC n'est soumise d'ailleurs à aucune condition de forme.

¹²⁵ ATF 44 II 66 (67).

¹²⁶ ATF 57 II 53 (56).

Si l'existence de fiançailles est prouvée, il est à présumer qu'elles seront suivies d'un mariage. Ce n'est donc pas à la fiancée d'apporter la preuve positive, d'ailleurs impossible, que son fiancé l'aurait épousée s'il avait vécu. C'est à l'autre partie de détruire la présomption résultant des fiançailles «en établissant l'existence de circonstances particulières dont on puisse conclure avec un certain degré de certitude que le mariage n'aurait pas eu lieu» (ATF 44 II 66 [67]; 66 II 206 [220]). En effet, les fiançailles «comportent toujours un élément d'incertitude» (ATF 66 II 206 [220]).

¹²⁷ ATF 57 II 53 (56).

¹²⁸ ATF 57 II 53 (57).

¹²⁹ ATF 44 II 66 (67): La Cour cantonale de Genève avait tiré de l'âge des fiancés un argument contre le mariage (défunt, 54 ans; fiancée, 41 ans). Le Tribunal fédéral y a vu au contraire une garantie du sérieux des engagements pris.

¹³⁰ TF à JT 1908 I 450 (454).

ques mois du mariage¹³¹ ou après la publication de la promesse de mariage¹³².

Il faut encore que, selon le cours normal des choses et l'expérience générale de la vie, le fiancé eût fourni des prestations à sa future épouse, ce qui est en général le cas.

2. Il n'existe, à notre connaissance, aucun exemple de fiancée soutien dans la jurisprudence publiée du Tribunal fédéral.

G. Le concubin

Le problème de la qualité pour agir de la concubine n'est pas résolu en Suisse. Nous le traiterons dans le chapitre relatif aux ayants droit à l'indemnisation (chap. 4).

Chapitre 3: Les prestations d'entretien

Les personnes soutenues ont droit uniquement à l'indemnisation du dommage déterminé par la perte des prestations d'entretien.

Avant d'étudier ces prestations¹³³, deux remarques s'imposent :

1. Les prestations d'entretien sont celles que le soutien aurait fournies dans le futur, s'il n'était pas décédé accidentellement. Les prestations antérieures au décès constituent uniquement un indice sérieux que le soutien les aurait fournies également à l'avenir.
2. De l'infinie variété des cas, nous ne dégagerons que les lignes directrices, illustrées de quelques exemples. Elles devraient permettre de résoudre les cas particuliers dont les données de fait sont toujours déterminantes.

§ 11 Notion

A. La jurisprudence considère comme prestations d'entretien celles qui, fournies régulièrement et en principe durablement, couvrent tout ou partie des besoins normaux et courants (pour vivre) des personnes soutenues et leur permettent d'avoir un niveau de vie conforme à leur état et à leur condition¹³⁴. Les prestations qui, jusqu'au décès du soutien, permettaient à leur bénéficiaire des

¹³¹ ATF 66 II 206 (219).

¹³² ATF 37 II 462 (467) : 4 jours après.

¹³³ Dans les pays où le droit à l'indemnisation en cas de décès est basé sur l'obligation légale d'entretien, on se demande uniquement quel entretien la victime aurait dû fournir, d'après la loi, aux ayants droit.

¹³⁴ ATF 57 II 180 (183), JT 1932 I 41 (45). Cf. également *infra* chap. 5, ch. 3.

dépenses somptuaires n'entrent pas dans cette définition¹³⁵. Les prestations d'entretien varient selon les particularités de chaque cas. Elles dépassent généralement celles qui préservent les personnes soutenues du dénûment et leur assurent à toutes le même minimum vital.

Les besoins normaux et courants d'une personne comprennent notamment la nourriture, le logement, l'habillement, les soins nécessaires en cas de maladie, d'accident ou d'invalidité, parfois d'autres frais, tels l'achat et l'entretien d'une voiture ou certaines dépenses pour le théâtre, les concerts¹³⁶. Pour un enfant, ils comprennent également les frais d'éducation, d'apprentissage, d'études même supérieures, de placement dans un internat. Ils n'incluent pas une dot¹³⁷.

B. La prestation d'entretien doit être fournie *en vue* de subvenir, en tout ou en partie, à l'existence de la personne soutenue. Destinée à ses besoins normaux et courants pour vivre¹³⁸, elle répond donc avant tout aux besoins de la vie journalière. Fournie dans un autre but, elle n'est pas une prestation d'entretien¹³⁹.

Ainsi, on peut considérer comme prestation d'entretien l'argent qu'un parrain met sur un carnet d'épargne pour permettre plus tard à son filleul de faire des études (l'épargne précède le soutien¹⁴⁰), l'argent fourni à une personne pour qu'elle paie ses dettes et jouisse ainsi d'un montant supérieur au minimum vital¹⁴¹ ou pour faire des recherches professionnelles ou académiques, si le résultat des recherches, un titre de docteur, aura une répercussion sur le niveau de vie du bénéficiaire.

Il faut que la prestation d'entretien soit *nécessaire*, indispensable, à celui qui la reçoit¹⁴² pour maintenir un niveau de vie donné. Ne remplit pas cette condition la prestation qui lui permet d'employer ses revenus à augmenter sa fortune. Toutefois, le bénéficiaire d'une prestation d'entretien peut ne pas l'employer en totalité pour son entretien, mais adopter un niveau de vie inférieur, et placer dans une banque l'argent ainsi épargné¹⁴³. Dans ce cas, la prestation totale fournie par le soutien reste une prestation d'entretien.

¹³⁵ Cf. parmi d'autres arrêts: ATF 59 II 461 (463), JT 1934 I 402 (405).

¹³⁶ MOSER, p. 48. Même avis également FEHR (p. 38 in fine à 39).

¹³⁷ Contra FEHR (p. 39) pourvu que la dot ne conduise pas à des dépenses extraordinaires.

¹³⁸ ATF 34 II 447 (455).

OFTINGER, § 6 IV D b 1 (p. 232).

Contra MARTI (p. 26) pour qui il suffit que les prestations servent en fait à l'entretien de leur bénéficiaire.

¹³⁹ OFTINGER, § 6 IV D b 1 (p. 232 in fine à 233 in initio).

¹⁴⁰ MARTI, p. 26.

¹⁴¹ Toutefois, en général, l'argent fourni à une personne pour qu'elle paie ses dettes ne peut pas être qualifié de prestation d'entretien. Même avis FEHR (p. 37).

¹⁴² Cf. également infra chap. 5, ch. 3.

¹⁴³ Même avis, MARTI (p. 25).

§ 12. Eléments

A. Entretien total ou partiel

Il n'est pas nécessaire que la prestation d'entretien couvre la totalité des besoins normaux et courants pour vivre de la personne soutenue. Un entretien partiel suffit¹⁴⁴, le bénéficiaire subvenant lui-même en partie à ses besoins ou étant soutenu par plusieurs personnes. L'entretien peut d'ailleurs être réciproque: le mari fournit des prestations d'entretien à son épouse et vice versa.

La loi ne fixe pas un montant en dessous duquel une prestation n'est plus qualifiée d'entretien. Cependant, il est évident que le désavantage consécutif à sa disparition doit être perceptible¹⁴⁵. Le montant qui dépasse le but de ce type de prestation (avoir un niveau de vie conforme à son état et à sa condition) n'est plus considéré comme consacré à l'entretien.

B. Régularité et durabilité

La notion d'entretien veut que les prestations soient fournies d'une façon régulière et durable et ne consistent pas en des secours occasionnels et sporadiques ou en des libéralités exceptionnelles¹⁴⁶. Ne remplissent pas cette condition les cadeaux octroyés à certaines occasions (baptême, première communion, confirmation, réussite d'un examen, mariage, anniversaire), l'argent reçu par un enfant pour s'établir dans la vie ou l'aide occasionnelle offerte à de jeunes mariés, les services en provisions, en travail ou même en argent, qu'un domestique de campagne continue de rendre de temps à autre à son frère et à ses sœurs, bien qu'ils eussent constitué un allègement appréciable de leurs charges¹⁴⁷. Remplissent cette condition en revanche les subsides réguliers et durables qu'un sexagénaire, célibataire, fournit à sa sœur qui fait ménage avec lui¹⁴⁸.

M. MARTI¹⁴⁹ exige des prestations d'entretien une certaine périodicité et une durée assez longue. Les cas concrets réunissent le plus souvent ces deux conditions. Toutefois, la première ne nous semble pas nécessaire et la seconde est trop absolue. Prenons l'exemple suivant:

Un jeune homme, étudiant dans un internat, est à la veille de terminer ses études et de commencer une activité lucrative lui assurant une indépendance économique. Son père est tué. Il n'a pas encore payé le troisième trimestre d'écolage de son fils. Le responsable ne saurait contester la disparition d'une presta-

¹⁴⁴ Parmi d'autres arrêts, ATF 34 II 447 (455); 53 II 50 (52); 54 II 9 (17); 57 II 180 (182), JT 1932 I 41 (44); 66 II 165 considérant publié au JT 1941 I 143 (152).

¹⁴⁵ MARTI, p. 28; FEHR, p. 37 in fine à 38.

¹⁴⁶ ATF 34 II 447 (455); 53 II 50 (52); 54 II 9 (17); 57 II 180 (182), JT 1932 I 41 (44).

¹⁴⁷ ATF 34 II 447 (455).

¹⁴⁸ ATF 53 II 50 (52).

¹⁴⁹ P. 28-29.

tion d'entretien, par le seul motif qu'elle ne porte que sur une durée de trois mois.

C. Gratuité¹⁵⁰

Les prestations reçues ne doivent pas être onéreuses. Certaines prestations – notamment l'entretien accordé volontairement à un tiers – de par leur nature, ne peuvent être considérées d'emblée comme onéreuses ou gratuites. Leur caractère ne s'établira qu'à la lumière des circonstances de l'espèce¹⁵¹. «On peut cependant présumer la gratuité de l'entretien si le soutien avait le devoir moral de subvenir aux besoins de la personne assistée (EGGER, Comm. du CC, 2^e éd., ad art. 329 rem. 22)¹⁵². De même la présomption contraire peut découler d'autres circonstances», par exemple du fait que cette même personne dispose de moyens suffisants pour assumer la charge de son propre entretien¹⁵³. Aussi, sont considérées comme gratuites les prestations en argent qu'un enfant marié, économiquement indépendant, verse à ses parents pour leur entretien, mais non celles qu'un enfant, vivant en ménage commun avec ses parents, leur verse pour son logement et sa nourriture. Ne sont pas considérés comme gratuits l'entretien assuré par un beau-fils à ses beaux-parents quand il est compensé par le fait qu'il vit dans leur maison¹⁵⁴, l'aide qu'un père fournit à son fils dans l'exploitation du domaine agricole, quand elle trouve son fondement dans la communauté domestique créée par la vente au fils du domaine paternel¹⁵⁵, l'argent qu'un avocat reçoit régulièrement pour ses services et qu'il emploie à son entretien.

Il ne faut pas, comme l'a fait le Tribunal cantonal zougais déduire des prestations en argent versées par un enfant à ses parents le coût que leur occasionne chacune de ses visites (en l'espèce 30 week-ends par année)¹⁵⁶.

Si une seule de ces caractéristiques – entretien total ou partiel, régularité et durabilité, gratuité – manque, la prestation ne peut plus être qualifiée d'entretien.

§ 13 Forme des prestations

La forme des prestations importe peu. Les prestations peuvent être certes fournies en *argent*, qu'il provienne du revenu du travail, de la fortune ou d'une pension, etc.¹⁵⁷. Elles peuvent aussi l'être en *nature*¹⁵⁸: nourriture, logement,

¹⁵⁰ ATF 82 II 36 (39).

¹⁵¹ ATF 55 II 262 (265): libéralités, puis gestion d'affaires.

¹⁵² Cf. l'actuel art. 294 al. 2 CC.

¹⁵³ ATF 83 II 533 (536).

¹⁵⁴ ATF 88 II 455 (462).

¹⁵⁵ ATF 93 I 586 (592), JT 1969 I 473–474.

¹⁵⁶ Jugement du 21. 3. 1951, Rechenschaftsbericht des Obergerichtes des Kantons Zug 1951 1952, p. 58–59. Jugement confirmé par l'Obergericht, le 15. 1. 1952 et par le TF le 10. 6. 1952.

¹⁵⁷ ATF 64 II 429, passage publié in JT 1939 I 110 (112).

¹⁵⁸ ATF 53 II 123 (125–126), JT 1927 I 338 (341); 57 II 180 (182), JT 1932 I 41 (44); 82 II 36 (39). ZR (1972) 71, p. 218 (224) n° 72.

habillement, etc., ou en *travail gratuit*¹⁵⁹. C'est le cas de l'épouse travaillant dans le ménage¹⁶⁰, le commerce de son mari¹⁶¹, le jardin potager¹⁶², etc. Le résultat économique est le même : cette activité non rémunérée évite au mari de recourir aux services d'une tierce personne et lui permet d'employer l'argent épargné à d'autres fins.

« Le soutien n'est pas seulement celui qui remet à autrui les biens nécessaires à la vie ou de l'argent pour se les procurer. C'est aussi la personne qui consacre directement son travail à un autre, en préparant ses repas, en soignant ses vêtements et son logis etc., car cette activité contribue également à l'entretien de celui qui en bénéficie¹⁶³. »

§ 14 Cause et but des prestations

L'indemnisation de la perte de soutien ne dépend pas d'une obligation légale ou contractuelle d'entretien. Toutefois, *dans les faits*, les prestations d'entretien résultent en règle générale de l'accomplissement d'un devoir légal. Elles proviennent parfois de l'exécution d'une obligation contractuelle ou de l'accomplissement d'un devoir moral¹⁶⁴. Les prestations procédant d'une libéralité relèvent généralement d'un contrat de donation. Leur but ne doit être ni illicite ni immoral¹⁶⁵.

Les motifs qui inspirent le soutien, fort divers, n'intéressent en principe pas le droit¹⁶⁶.

Chapitre 4 : Les ayants droit (personnes soutenues)¹⁶⁷

Les notions de soutien et d'ayant droit sont corrélatives. L'ayant droit, qualifié de personne soutenue, est donc celui qui *en fait* était soutenu et aurait continué de l'être ou celui qui aurait été vraisemblablement soutenu à l'avenir. Comme il s'agit toujours d'une personne physique, une communauté héréditaire en tant que telle n'a pas cette qualité¹⁶⁸ : la victime n'est pas le soutien de la

¹⁵⁹ ATF 57 II 180 (182), JT 1932 I 41 (44); 66 II 165, passage publié in JT 1941 I 143 (152).

¹⁶⁰ ATF 82 II 36 (39).

¹⁶¹ ATF 57 II 180 (182), JT 1932 I 41 (44).

ZR 1972 (71), p. 218 (224) n° 72.

¹⁶² ATF 66 II 175 (176).

¹⁶³ ATF 82 II 36 (39).

¹⁶⁴ Le fait d'aider une personne dans le besoin est généralement considéré comme l'accomplissement d'un devoir moral. Or, l'accomplissement d'un devoir moral ne constitue pas une donation (art. 239 al. 3 CO).

¹⁶⁵ Cf. au sujet de l'art. 20 CO notamment ENGEL, chap. 14, L'objet du contrat, p. 186 s.

¹⁶⁶ ENGEL, p. 115-116.

¹⁶⁷ Cf. spécialement OTTO KELLER, Die anspruchberechtigten Dritten aus Tötung einer Person, (thèse Berne 1906).

¹⁶⁸ ATF 34 II 4 (9).

communauté formée par ses héritiers, mais le soutien de telle ou telle personne individuellement.

§ 15 Quelques cas particuliers

L'examen des types de soutien les plus fréquents a montré quels étaient généralement les ayants droit. C'est pourquoi nous n'examinerons ici que quelques cas particuliers.

A. Les *frères et sœurs* de la victime qui, à la suite de son décès, doivent reprendre l'entretien qu'elle fournissait à l'un de ses père et mère ne subissent pas de perte de soutien. Ils n'ont donc pas de prétention en indemnisation : seul le père ou la mère est ayant droit ¹⁶⁹.

Le *tiers* qui a subvenu à l'entretien de la personne soutenue depuis la mort du soutien jusqu'au jour de la transaction ou de l'entrée en force du jugement dans le procès en responsabilité civile, n'est pas un ayant droit ¹⁷⁰. L'*autorité d'assistance* ne peut donc pas réclamer au responsable le remboursement de ses dépenses, même selon le nouveau droit (art. 289 al. 2 CC) ¹⁷¹.

B. L'*époux divorcé* peut, selon les cas, être un ayant droit ¹⁷².

C. L'*enfant posthume* est un ayant droit ¹⁷³.

L'*enfant né hors mariage* l'est aussi ¹⁷⁴, même posthume ¹⁷⁵. Il doit prouver que son auteur lui aurait fourni tout ou partie de l'entretien, ce qui sera en règle générale admis si un lien juridique de filiation avec la victime a été établi (reconnaissance (art. 260 CC, anciennement 303 CC), jugement avec effets d'état civil (art. 261 CC, anciennement 323 CC), si la victime s'était engagée à subvenir aux

¹⁶⁹ ATF 34 II 4 (10). Cf. également § 4 II et n. 37.

¹⁷⁰ OFTINGER, § 6 IV D c (p. 235).

Il pourra, selon les cas, exiger la restitution de la valeur de ses prestations, notamment par une action en enrichissement illégitime.

¹⁷¹ Selon cet article, la collectivité publique n'est subrogée qu'aux droits de l'enfant à l'entretien par ses parents (Message, FF 1974 II 1, p. 66).

¹⁷² Cf. § 10 A.

¹⁷³ ATF 29 II 1 (2); 31 II 623 (625 – c. 1 non traduit au JT –, 630–631), JT 1906 I 258 (266, 267); 36 II 79 (81); 72 II 165 (168), JT 1946 I 616 (619–620).

En vertu de l'art. 31 al. 2 CC «l'enfant conçu jouit des droits civils à la condition qu'il naisse vivant».

¹⁷⁴ ATF 37 II 462 (468); 62 II 147 (149).

¹⁷⁵ ZR 1962 (61), p. 235 (236) = RSJ 58 (1962), p. 354 (355). OFTINGER, § 6 IV D c (p. 232) n. 367.

Dans l'ancien droit de la filiation, sa qualité d'adultérin ou d'incestueux ne jouait aucun rôle, même s'il ne pouvait pas être reconnu (art. 304 CC ancien) et si le juge ne pouvait pas déclarer la paternité, le défendeur étant déjà marié lors de la cohabitation (art. 323 al. 2 CC ancien). En effet, le lien de filiation ne représente rien d'immoral à l'égard de l'enfant. Le nouveau droit de la filiation a supprimé les anciens art. 304 et 323 al. 2 CC.

besoins de l'enfant ¹⁷⁶ ou si elle subvenait déjà volontairement aux besoins de l'enfant et qu'elle aurait continué de le faire ¹⁷⁷.

En l'absence d'un engagement ou d'une obligation d'entretien du père présumé, ou d'un entretien de fait, l'enfant doit préalablement établir son lien de filiation. Il est en effet douteux, à défaut de circonstances très particulières, qu'une personne eût fourni des prestations d'entretien à un enfant qui n'est pas le sien ¹⁷⁸. La solution la meilleure, dans l'hypothèse envisagée, consiste à résoudre le problème de la filiation à titre préjudiciel dans le procès pour perte de soutien ¹⁷⁹.

D. Les parents « naturels », la mère surtout sont des ayants droit.

§ 16 Les concubins

En Suisse, il n'est que très rarement arrivé qu'une concubine réclame une indemnité pour perte de soutien. L'évolution des mœurs laisse présager qu'il pourrait en aller autrement à l'avenir.

A. Par concubinage (union libre, faux mariage, ménage de fait), nous entendons le ménage d'un homme et d'une femme vivant maritalement sans être unis par les liens du mariage (communauté de toit, de table et de lit) et nous le distinguons des relations sexuelles occasionnelles et de la simple communauté de lit ¹⁸⁰. En cas de décès du concubin, la question est de savoir si la concubine a qualité pour agir en réparation de sa perte de soutien ou si la nature particulière de ses liens avec la victime fait échec à son action ¹⁸¹.

Un seul cas paraît s'être présenté au Tribunal fédéral ¹⁸². La défenderesse – une compagne de chemin de fer – avait objecté l'état de concubinage dans le-

¹⁷⁶ Par une convention extra-judiciaire, elle ne requiert pas la forme écrite : ATF 47 II 19 (21).

¹⁷⁷ Avant l'adoption du nouveau droit de la filiation, comme les droits de l'enfant « illégitime » accordés contre le père pouvaient être exercés contre ses héritiers (art. 323 al. 1 CC), l'enfant ne subissait une perte de soutien que si et dans la mesure où la succession ne pouvait pas honorer sa créance. En effet, la dette alimentaire était transmissible aux héritiers du défunt (art. 322 CC ancien). Les héritiers n'étaient pas tenus au-delà de la part que l'enfant aurait reçue comme héritier s'il avait été reconnu (art. 322 al. 2 CC). Il fallait dès lors établir quelle était cette part, pour savoir si l'enfant avait subi une perte de soutien. Le nouveau droit de la filiation a supprimé l'ancien art. 323 CC : l'enfant né hors mariage est désormais un héritier à part entière.

¹⁷⁸ ATF 62 II 147 (150).

¹⁷⁹ ZR 1962 (61) n° 90 p. 235 (237) – RSJ 58 (1962), p. 354 (355). Nous faisons nôtre la critique que STAUTER-SCHAFERLE (§ 9 ch. 2 n. 6) ont adressée à l'ATF 37 II 462 (468) où il a été admis un peu à la légère que la preuve de la filiation ne pouvait pas être rapportée ou du moins qu'elle n'avait pas été fournie.

¹⁸⁰ Certains auteurs réservent le terme de concubinage à la communauté de lit exclusive d'un « foyer » commun (cf. en particulier GROSSEN, Le ménage de fait devant la loi suisse [rapport présenté au Congrès de l'Association Henri-Capitant, Lille 1957, publié dans ... Travaux de l'Association Henri-Capitant, supplément au tome XI, Paris 1961] n° 6, p. 6).

¹⁸¹ Ce problème ne se pose pas dans les pays qui font dépendre la qualité d'ayant droit de l'existence d'une créance légale d'aliments.

¹⁸² ATF 37 II 462 (468).

quel la demanderesse vivait avec la victime. En l'espèce, le concubinage contrevenait à la loi pénale du canton de St-Gall, où les concubins résidaient, et ceci semblait exclure toute prétention. Toutefois, le Tribunal fédéral a jugé que les concubins étaient en réalité des fiancés, car ils avaient l'intention de se marier – la publication de mariage avait eu lieu 4 jours avant l'accident mortel – et admit par conséquence l'action. Quant à la question de la qualité pour agir de la concubine en l'absence de promesse de mariage, elle reste ouverte sans le moindre indice de solution.

La doctrine est partagée. M. GROSSEN¹⁸³ refuse toute prétention à la concubine : à défaut d'illicéité, le concubinage souffre d'immoralité, car il imite le mariage «qui est une institution trop essentielle pour souffrir une concurrente»¹⁸⁴. Selon M. BRON¹⁸⁵, aucun motif ne justifie un refus de principe de la prétention de la concubine. L'exception d'illicéité peut être opposée uniquement à la demanderesse qui vivait en concubinage là où il est réprimé pénalement. L'exception d'immoralité ne lui est opposable que si la cause du soutien réside dans la rémunération des rapports charnels. Si un des concubins est marié, et a fortiori lorsque les deux le sont, l'exception d'immoralité est opposable à la concubine, car l'adultère est contraire à l'ordre public. MM. BROSSET¹⁸⁶ et MAYR¹⁸⁷ partagent l'avis de M. BRON, de même que MM. STAUFFER et SCHAEZLE¹⁸⁸. Selon ces derniers, la «doctrine suisse révèle une certaine tendance¹⁸⁹ à admettre le droit à une telle indemnité même sans qu'il y ait l'intention de mariage, pour autant que les prestations antérieures de l'homme n'aient pas constitué exclusivement (ou en grande partie) un «pretium stupri» et, en outre, qu'aucun des partenaires ne soit déjà marié». M. ENGEL¹⁹⁰ enfin admet également la prétention de la concubine, rejetant l'exception d'immoralité – même s'il y a adultère semble-t-il, car l'article 45 al. 3 CO se place sur le plan du fait. Toutefois, il propose de réduire, voir de supprimer l'indemnité pour perte de soutien en raison de la précarité du concubinage.

B. La question de la qualité pour agir de la concubine en réparation de sa perte de soutien est délicate, car elle dépasse l'application de règles techniques et relève essentiellement de la morale.

D'après la Sem.jud. 1918, p. 59 (62), dans l'arrêt du TF à JT 1908 I 450, Sem.jud. 1908, p. 225, la jeune fille vivait aussi avec le fiancé qui allait bientôt l'épouser.

¹⁸³ Op. cit. à n. 180, p. 13–15.

¹⁸⁴ Op. cit. à n. 180, p. 14.

¹⁸⁵ HENRI BRON, Les conséquences juridiques de l'union libre (thèse Lausanne 1940), p. 158 s.

¹⁸⁶ JT 1942 I 66 (77 litt. h).

¹⁸⁷ P. 107 s.

¹⁸⁸ § 13 ch. 3.

¹⁸⁹ Ils citent BRON et BROSSET.

¹⁹⁰ P. 351.

A notre avis, la qualité pour agir de la concubine doit être admise. Il ne faut toutefois pas la limiter aux cantons – la grande majorité – qui ne répriment pas pénalement le concubinage. En effet, la perte de soutien est une notion de droit fédéral : elle doit dès lors être appliquée dans toute la Suisse de la même façon. L'exception d'immoralité doit être opposée à la concubine uniquement si les prestations d'entretien constituaient et auraient continué de constituer un «*pretium stupri*». D'ailleurs, dans ce cas, les prestations d'entretien ne sont pas gratuites, et l'on ne peut parler de perte de soutien. Contrairement à l'avis exprimé par M. GROSSEN, le concubinage n'est pas immoral par essence. Si la moralité est le reflet des mœurs, leur libéralisation actuelle de fait, mais aussi de droit (la révision du droit de la filiation notamment) infirme l'opinion que M. GROSSEN exprimait, en 1957 il est vrai. En réalité, ce qui gêne le plus les censeurs du concubinage, c'est la concurrence qu'il fait ou ferait au mariage. «*Et alors?*» comme s'exclamait M. TUNC, commentant un arrêt récent de la Cour de Cassation¹⁹¹. Le même argument n'a-t-il pas été avancé contre la révision du droit de la filiation? Le droit ne peut ignorer les faits.

La qualité pour agir devrait également être reconnue à la concubine adultère, comme en France (cf. *infra* litt. C). M. TUNC a démontré que le concubinage adultère est souvent bien excusable¹⁹². Des raisons tout à fait respectables peuvent avoir poussé au concubinage. Il suffit de se rappeler que certaines lois étrangères en matière de divorce forcent parfois des couples à vivre, malgré eux, en marge de la légalité.

La demande de la concubine sera examinée très attentivement, car le concubinage doit offrir de sérieuses garanties de stabilité pour qu'on accueille la demande. L'existence de plusieurs concubines dénote, en règle générale, l'instabilité des liaisons et donc la précarité des diverses prestations d'entretien : il faudrait alors nier l'existence d'une perte de soutien.

En cas de *concours éventuel de demandes émanant de la concubine et de la veuve*, une seule question se pose selon nous : les demanderesses ont-elles réellement subi toutes les deux une perte de soutien? En effet, rien n'interdit d'allouer parfois des dommages-intérêts pour perte de soutien à la concubine et à l'épouse. Supposons un homme qui, vivant en concubinage stable par hypothèse, subvient aux besoins de son ménage de fait tout en versant une pension à son épouse. La concubine et l'épouse pourraient prétendre l'une et l'autre à l'indemnisation de leur perte de soutien respective^{192a}.

Nos propos relatifs à la concubine valent, *mutatis mutandis*, pour la maîtresse non concubine. Remarquons toutefois que les prestations d'entretien

¹⁹¹ D.S. 1975, I, J, 681.

¹⁹² Rev. trim. dr. civil 1964, p. 106 s. (spéc. 109).

^{192a} Même avis G. DURRY in Rev. trim. dr. civil 1977, p. 326.

qu'elle reçoit sont plus facilement le «pretium stupri» et que ce type de liaison est souvent plus précaire¹⁹³.

C. En France, la question de la qualité pour agir de la concubine a été très souvent et très vivement débattue en doctrine et en jurisprudence. Au sein de la Cour de Cassation elle-même, un conflit important a longtemps opposé les Chambres civiles qui refusaient la qualité pour agir de la concubine¹⁹⁴ et la Chambre criminelle qui l'acceptait sous certaines conditions¹⁹⁵. Le conflit fut tranché par un arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970¹⁹⁶ : la concubine obtenait la réparation de son dommage lorsque le concubinage «offrait des garanties de stabilité et ne présentait pas de caractère délictueux». Il y avait caractère délictueux en cas de relations entre deux personnes dont l'une au moins était mariée (Code pénal français, art. 336–340). La concubine adultère ne possédait donc pas d'intérêt légitime à une réparation¹⁹⁷. Une loi du 11 juillet 1975, entrée en vigueur le 1^{er} janvier 1976, a supprimé le délit d'adultère. Par conséquent, «la demande en dommages-intérêts de la concubine n'est plus vouée à l'échec lorsque le concubinage se double d'adultère»¹⁹⁸.

§ 17 Pluralité d'ayants droit. Prétention de l'enfant. Prétentions des père et mère

A. Lorsqu'il y a plusieurs ayants droit, chacun d'eux possède une prétention *indépendante* fondée sur le rapport particulier qui le liait à la victime. Les condi-

¹⁹³ Toutefois dans l'ATF 99 II 207 (210) selon le Tribunal fédéral ce que la victime consacrait à sa maîtresse, une veuve avec qui il entretenait une liaison suivie depuis 6 ans, se répercutait nécessairement, dans une certaine mesure, sur la part accordée à la veuve.

¹⁹⁴ Arrêt Métenier du 27 juillet 1937 : S. 1938. I. 321 et note MARTY ; D. 1938, I. 5 et note SAVATIER ; Gaz. Pal. 1937, II, 376 ; Revue générale des assurances terrestres 1938, p. 983 et note MAURICE PICCARD.

Cet arrêt exigeait qu'il y eût «atteinte à un intérêt légitime juridiquement protégé». Cette formule contenait deux règles :

1. l'intérêt dont se prévaut le demandeur doit être légitime ;
2. un lien de droit doit exister entre le demandeur et le défunt.

D'après DUPICHOT (p. 155–156) contrairement à une opinion généralement reçue, la Chambre civile semble avoir renoncé à l'exigence du lien de droit en 1960 déjà (arrêt du 18 nov. 1960, Cons. Ravart c. Vve Delafortrie, B. C. 1960, II, n° 694, p. 475). Le doute n'est plus permis, en tous les cas, avec l'arrêt du 4 mars 1964 (Gaz. Pal. 1964, I, 392 ; B. C. 1964, II, n° 201, p. 149 ; JCP 1964, IV, 58).

¹⁹⁵ La jurisprudence de la Chambre criminelle a elle-même varié. Elle s'est fixée le 20 janvier 1966, arrêt Bertrand : D. 1966, I, J, 184 rapport Combaldieu ; JCP 1966, 14870 n. WIEDERKEHR ; Rev. trim. dr. civil 1966, p. 536 obs. RODIÈRE.

La demande de la concubine est admissible si le concubinage n'est ni précaire ni délictueux (adultère de l'un des concubins).

¹⁹⁶ Veuve Gaudras c. Dangereux : D.S. 1970, I, J, 201 et note COMBALDIEU ; JCP 1970, II, 16305 concl. LINDON note PARLANGE ; Gaz. Pal. 1970, I, 164 ; D.S. 1970, I, Chron. 145. M. H. K. GOMAA, La réparation du dommage et l'existence d'un intérêt légitime juridiquement protégé ; Rev. trim. dr. civil 1970, p. 353 obs. G. DURRY : l'étude très complète et remarquable de J. VIDAL, L'arrêt de la Chambre mixte du 27 février 1970, Le droit à la réparation de la concubine et le concept de dommage réparable, in JCP 1971, I, 2390.

¹⁹⁷ Notamment J. VIDAL dans l'étude précitée et G. DURRY, in Rev. trim. dr. civil 1972, p. 781.

¹⁹⁸ G. DURRY, Rev. trim. dr. civil 1975, p. 709–710.

tions, le montant et la durée de chaque prétention s'apprécient d'après les particularités de ce rapport¹⁹⁹.

Comme il n'existe aucune solidarité active entre les différents ayants droit²⁰⁰, chacun ne peut demander que la réparation de son propre dommage. L'action intentée par l'un d'eux n'empêche pas l'autre d'agir séparément, la transaction intervenue entre l'un d'eux et le responsable (ou son assureur) n'influence pas la prétention des autres et le jugement rendu à propos de l'action de l'un d'eux n'est pas opposable à l'action d'un autre, faute d'identité d'objet et de parties. Le juge calcule le dommage subi individuellement par chaque ayant droit et alloue à chacun personnellement l'indemnité qui lui revient. En principe, il doit allouer autant d'indemnités qu'il y a de demandeurs, ce que la pratique oublie parfois, notamment lorsque les ayants droit sont la veuve et les enfants²⁰¹ ou les père et mère de la victime. Ainsi, il n'est pas permis d'allouer aux enfants une indemnité globale pour perte de soutien²⁰², car un tel procédé rend impossible la répartition des dommages-intérêts entre les enfants, proportionnellement au dommage subi par chacun.

B. Prétention de l'enfant. Un arrêt récent du Tribunal fédéral affirme que lorsqu'au décès de la femme, les besoins du mari justifient à eux seuls déjà la pleine réparation du dommage (surcroît de dépenses) découlant de l'engagement d'une gouvernante, les enfants ne peuvent plus faire valoir leurs prétentions séparément²⁰³. Cette décision n'est pas satisfaisante²⁰⁴. La perte de soutien n'est pas subie uniquement par le conjoint survivant qui a désormais la charge d'assurer seul l'entretien et l'éducation des enfants, mais également par ceux-ci²⁰⁵. Cette question n'est pas purement théorique, mais a une portée pratique évidente. En cas de décès du conjoint survivant par exemple, l'indemnité pour perte de soutien se partagerait selon les règles du droit successoral. Elle pourrait donc revenir en partie à des personnes n'ayant pas subi de perte de soutien, ce

¹⁹⁹ Parmi d'autres ATF 64 II 198, passage publié in JT 1939 I 52 (56); 90 II 79 (83-85) et toute la doctrine.

Idem en Allemagne; cf. notamment STAUDINGER SCHÄFFER, § 844 BGB n. 66, n. 166; SOERGER MÜHLE, § 844 BGB n. 22, et en Autriche, KOZIOL, II, p. 133.

²⁰⁰ Même position en Allemagne. BGH, Urt. v. 14. 3. 1972, NJW 1972, p. 1130 s.; BGH, Urt. v. 23. 11. 1971, NJW 1972, p. 251 s., et en Autriche, KOZIOL, II, 133 et les arrêts qu'il cite à n. 108.

²⁰¹ STAUFFER et SCHÄTZLE (§ 8 ch. 7) ont fait la même constatation.

²⁰² Comme l'a fait la Cour cantonale dans l'ATF 90 II 79, méthode justement condamnée par le Tribunal fédéral.

²⁰³ ATF 102 II 90 (92-93), JT 1977 I 443. L'arrêt paraît d'espèce, le Tribunal fédéral tenant compte par ce biais de la perte de soutien que les enfants n'ont pas invoquée; cf. Rechenschaftsbericht des Obergerichts des Kantons Thurgau 1976, p. 55.

²⁰⁴ Cf. également nos critiques à cet arrêt, infra § 24.

²⁰⁵ C'est ce qu'a admis, à tort, la Cour d'Appel de Paris (D. S. 1974, I, J, 559), suivi d'une note de M^{me} G. VINEY qui critique cet arrêt.

qui est inadmissible. *Le droit à la réparation de la perte de soutien et l'indemnité y relative font partie des biens de l'enfant*²⁰⁶. L'article 320 CC dispose ce qui suit :

«Les versements en capital, dommages-intérêts et autres prestations semblables peuvent être utilisés par tranches pour l'entretien de l'enfant, autant que les besoins courants l'exigent.»

En principe, l'approbation de l'autorité tutélaire n'est pas nécessaire. Mais, afin d'éviter que ces fonds ne soient utilisés prématurément, l'article 318 al. 3 CC nouveau prévoit que

«Lorsque l'autorité tutélaire le juge opportun, vu le genre ou l'importance des biens de l'enfant et la situation personnelle des père et mère, elle ordonne la remise périodique de comptes et de rapports».

L'approbation de l'autorité tutélaire demeure nécessaire pour mettre à contribution les autres biens de l'enfant (art. 320 al. 2 CC).

C. Prétentions des père et mère. Au décès d'un enfant, il faut savoir si chacun des parents possède une prétention propre à l'indemnisation de sa perte de soutien. Le Tribunal fédéral, sauf erreur, n'a jamais été appelé à trancher expressément cette question²⁰⁷. Les parents font généralement valoir un dommage calculé pour les deux ensemble²⁰⁸. Dans un arrêt 12 juillet 1935, la 2^e Chambre civile bernoise a octroyé l'indemnité pour perte de soutien au père seul²⁰⁹. Cette solution erronée²¹⁰ n'a pas fait jurisprudence. Critiquant cet arrêt, M. FEHR propose deux autres solutions²¹¹. La première qu'il préfère d'un point de vue théorique, accorde une prétention aux deux parents ensemble: l'indemnité devient ainsi leur propriété commune. La seconde accorde une prétention (et l'indemnisation qui lui correspond) à chacun des parents, mais elle correspondrait moins aux faits.

La solution que M. FEHR préfère n'est pas correcte, car la propriété commune ne peut pas exister en dehors d'une communauté de personnes prévue par la loi,

²⁰⁶ ATF 72 II 165 (169), JT 1946 I 616 (620).

Revue du droit de tutelle 7 (1952), p. 134 (137) n° 33; 8 (1953), p. 63 (64) n° 15: arrêt du Regierungsrat, Berne, 22. 1. 1952, confirmé par une décision du Regierungsrat, Berne, 4. 4. 1952, dont la décision a été confirmée par la Chambre de droit public du TF le 11. 9. 1952 (extraits in Revue... 8 [1953], p. 64-66).

HEGNAUER, Komm. ZGB (Berne, 1964), art. 290 CC n. 29 et ses renvois. Art. 320 CC nouveau.

²⁰⁷ Implicitement admis dans un arrêt ancien: ATF 30 II 498 (500 c. 1).

²⁰⁸ OFTINGER (§ 6 IV D c [p. 235] n. 392) a fait la même constatation.

²⁰⁹ RSJB 72 (1936), p. 344 (351).

²¹⁰ La motivation était la suivante: comme l'art. 160 CC impose au mari l'obligation de pourvoir convenablement à l'entretien de sa femme et de ses enfants, lorsque le revenu familial diminue c'est le mari qui est lésé, car c'est lui qui doit pourvoir au supplément.

La question est mal posée: en effet, il s'agit de savoir à quelles personnes le soutien aurait fourni ou continué de fournir, en fait, des prestations d'entretien.

²¹¹ P. 133-135.

légale²¹² ou contractuelle²¹³ (art. 652 CC). Sa seconde solution est seule exacte. Les prétentions en indemnisation et les indemnités correspondantes font partie des *biens réservés* des époux²¹⁴. Elles sont donc indépendantes du régime matrimonial, car les biens réservés constituent par définition un patrimoine hors régime. Même née avant le mariage, la prétention en indemnisation de la perte de soutien ne fait pas partie des apports, mais constitue un bien réservé²¹⁵.

A fortiori, des parents divorcés possèdent chacun une prétention en indemnisation de leur perte de soutien²¹⁶.

Chapitre 5: Les conditions du droit à l'indemnisation

Ces conditions se déduisent de nos développements relatifs au soutien²¹⁷, aux prestations d'entretien²¹⁸ et aux ayants droit²¹⁹.

1. *La victime de l'acte illicite mortel doit être un soutien*, c'est-à-dire une personne qui en fait aurait continué de fournir des prestations d'entretien ou qui les aurait vraisemblablement fournies à l'avenir. Il faut que la victime eût été à même de fournir ces prestations, autrement dit qu'elle eût la *capacité de soutien* (*Unterstützungsfähigkeit*)²²⁰ immédiate ou différée²²¹.

2. *Le demandeur doit être un ayant droit*, c'est-à-dire une personne qui en fait aurait continué de recevoir des prestations d'entretien de la victime ou qui les aurait vraisemblablement reçues à l'avenir. Encore faut-il que l'évènement dommageable ait causé le décès du soutien.

3. *Les prestations qui manqueront doivent être des prestations d'entretien*. En d'autres termes, le demandeur doit avoir *besoin de soutien* (*Unterstützungsbedürftigkeit*). Cette notion a varié: autrefois, il fallait que le décès de la victime prive le demandeur des moyens de subsistance absolument nécessaires à son en-

²¹² Il en existe trois cas: la communauté de biens entre époux (art. 215 CC), l'indivision de famille (art. 336s. CC) et la communauté héréditaire (art. 602 CC).

²¹³ Il en existe également trois: la société simple (art. 530s. CO), la société en nom collectif (art. 552s. CO) et la société en commandite (art. 594s. CO).

²¹⁴ EGGER, Komm. ZGB (Zurich 1936), art. 190 n. 5, qui ne mentionne toutefois pas l'art. 45 CO; GÜR, Komm. ZGB (Berne 1923), art. 190 CC n. 16; CHARLES KNAPP, Le régime matrimonial de l'union des biens, Neuchâtel 1956, p. 35 n. 154; LEMP, Komm. ZGB (Berne 1963), art. 190 n. 16 et ses renvois.

Arrêt de l'Obergericht lucernois du 28. 5. 1974, Maximen XII n° 183 = RSJ 1976 (72), p. 13.

²¹⁵ RSJB 57 (1920), p. 312.

EGGER, op. cit. à n. 214, art. 190 n. 5.

²¹⁶ Cf. également RSJ 45 (1949), p. 362.

²¹⁷ Chap. 2.

²¹⁸ Chap. 3.

²¹⁹ Chap. 4.

²²⁰ Cf. parmi d'autres arrêts: ATF 34 II 97 (103); 55 II 146 (147), JT 1929 I 613 (621); 59 II 461 (463), JT 1934 I 402 (405); 64 II 198, passage publié in JT 1939 I 52 (56-57).

²²¹ Cf. supra § 9.

tretien²²². Etaient qualifiées de prestations d'entretien celles qui le préservent du dénuement et de la misère. Depuis 1931, la jurisprudence admet un besoin de soutien lorsque le décès de la victime atteint le demandeur dans le niveau de vie correspondant à l'état et à la condition qu'il aurait connus sans le décès du soutien²²³. Les prestations d'entretien sont celles qui lui permettent de maintenir ce niveau de vie ou d'y accéder; le responsable ne saurait exiger de la personne soutenue qu'elle adopte un niveau de vie inférieur²²⁴. En revanche, le demandeur n'a pas besoin de soutien lorsqu'il possède des revenus ou une fortune suffisants à son entretien²²⁵ ou qu'il doit renoncer, à la suite du décès du soutien, à des dépenses exagérées, même si elles avaient été faites jusqu'alors²²⁶, car elles ne rentrent pas dans un genre de vie conforme à une certaine condition.

Le besoin de soutien ne doit pas nécessairement exister au moment du décès du soutien; il peut ne se faire sentir que plus tard²²⁷. Ce besoin cesse évidemment lorsque la personne soutenue décède: il faudra donc tenir compte de ce décès s'il est survenu avant l'arrêt de la dernière juridiction cantonale apte à connaître des faits nouveaux ou avant la transaction. De même l'indemnité allouée sous forme de rente prend fin au décès de l'ayant droit²²⁸.

Le droit à l'indemnisation n'est pas exclu parce que d'autres personnes s'occuperont désormais de la personne soutenue à la place de la victime, qu'elles soient ou non juridiquement tenues de le faire²²⁹. Tant que et dans la mesure où la personne soutenue peut s'en prendre avec succès au responsable, ces autres personnes n'ont pas à intervenir. Ainsi, l'enfant soutenu, devenu orphelin à la

²²² Notamment ATF 34 II 447 (455-456); 37 II 365 (367), JT 1912 I 460 (463).

²²³ ATF 57 II 180 (183), JT 1932 I 41 (45); 59 II 461 (463), JT 1934 I 402 (405); 64 II 198, passage publié in JT 1939 I 52 (57); 64 II 420 (424), JT 1939 I 262 (267); 65 II 250 (256); 66 II 135, passage publié in JT 1941 I 143 (152); 72 II 165 (167-168), JT 1946 I 616 (619); 82 II 36 (39); 82 II 132 (135); TF à Sem.jud. 1958, p.465 (473); 95 II 411 (416).

²²⁴ ATF 102 II 90 (93), JT 1977 I 443 (444).

²²⁵ Exemple: ATF 61 II 254, passage publié in JT 1936 I 333 (338): besoin de soutien nié à un père agent de police, qui a la perspective de recevoir une retraite.

ATF 72 II 192 (197), JT 1947 I 186 (190): besoin de soutien nié à une mère qui, après avoir remis à son fils le commerce hérité de son mari et qu'elle exploitait, aurait très probablement continué à diriger l'auberge attenante au commerce et gagné sa vie.

ZR 42 (1943) n° 116, p. 309 (310): besoin de soutien nié en présence d'un retraité ayant occupé une position élevée (directeur).

Sem.jud. 1944, p. 513 (516-517): besoin de soutien reconnu à un père borgne menacé de perdre l'autre œil dans un délai plus ou moins bref.

²²⁶ ATF 59 II 461 (463), JT 1934 I 402 (405).

STAUFFER SCHAETZLE (§ 10 ch. 1) citant un arrêt non publié du Tribunal fédéral, cause K. c. S., du 28 juin 1960.

²²⁷ Exemple: ATF 99 II 207 (209): le besoin de soutien total de la demanderesse ne se serait fait sentir que quelques années après le décès du soutien.

²²⁸ ATF 25 II 763 (770); 66 II 175 (177) et les arrêts cités.

²²⁹ ATF 57 II 180 (184), JT 1932 I 41 (46): «...l'auteur de l'acte ne peut se prévaloir du fait que d'autres personnes, qu'elles soient ou non juridiquement obligées de le faire, s'occuperont désormais du lésé (cf. aussi VON TUHR, partie générale du CO, édit. franç. I, p. 344 et 345)»; 60 II 325, passage publié in JT 1935 I 98 (101); 66 II 165, passage publié in JT 1941 I 143 (153).

Idem en Allemagne: BGH, Urt. v. 22.9.1970, NJW 1970, p. 2061 s.

suite du décès accidentel de ses parents, pourra faire valoir sa perte de soutien, même s'il a été adopté dans l'entre-temps²³⁰. Le remariage de l'époux survivant peut diminuer ou supprimer son besoin de soutien²³¹, sans pour autant influencer celui des enfants de la victime²³².

Lorsque l'ayant droit est l'héritier du soutien, on rencontre le problème de l'imputation des avantages (cf. *infra* § 32 C).

Ces conditions cumulatives exigent un examen plus attentif encore en cas de perte différée²³³. L'action en constatation de droit est d'un faible secours²³⁴.

Chapitre 6 : Le droit comparé

Comme le droit suisse, les droits allemand et autrichien connaissent une disposition spéciale en cas de décès accidentel d'une personne (§ 844 BGB, § 1327 ABGB). En revanche, en l'absence d'une disposition spéciale, les droits français et italien recourent à la clause délictuelle générale (art. 1382 CCfr., 2043 CCit.).

1. *Droit allemand*. Le § 844 al. 2 BGB donne un droit à l'indemnisation à la personne envers laquelle la victime avait une obligation légale d'entretien²³⁵.

2. *Droit autrichien*. Le § 1327 ABGB exige également l'existence d'une obligation d'entretien²³⁶.

3. *Droit français*. L'art. 1382 CCfr. ne subordonne pas l'indemnisation à l'existence d'un lien de droit entre la victime et le demandeur en indemnisation²³⁷.

4. *Droit italien*. La jurisprudence accorde un droit à la réparation du dommage non seulement aux personnes envers lesquelles le défunt avait une obligation légale d'entretien, mais également à celles qu'il avait entretenues en fait,

²³⁰ Idem en Allemagne: BGH, Urt. v. 22. 9. 1970, NJW 1970, p. 2061 s.

²³¹ Cf. *infra* § 34.

²³² Cf. *infra* § 34.

²³³ Cf. *supra* § 9.

²³⁴ Cf. *infra* § 45.

²³⁵ Idem § 3 II Haftpflichtgesetz, § 10 Strassenverkehrsgesetz, § 35 Luftverkehrsgesetz, § 28 II Atomgesetz.

Sur les obligations légales d'entretien, cf. notamment STAUDINGER SCHAEFER, § 844 BGB n. 42-45.

Pour une critique du § 844 al. 2 BGB, cf. notamment FEHR, p. 13-14.

²³⁶ Cet article est jugé trop étroit par certains auteurs, cf. notamment KOZIOL, II, p. 122-123 et les auteurs qu'il cite à p. 122 note 42.

²³⁷ Le critère de l'atteinte à «un intérêt légitime juridiquement protégé» a été abandonné dans un arrêt rendu par une Chambre mixte de la Cour de Cassation, le 27 février 1970; JCP 1970, II, 16305, concl. LINDON, note P. PARLANGE; D.S. 1970, I, J., 201 note R. COMBALDIEU; Gaz. Pal. 1970, I, 164. Cf. *supra* § 16 C.

d'une façon constante et durable, à conditions qu'elles soient parentes (congiunti)²³⁸. Selon certains auteurs²³⁹, cet assouplissement récent de la jurisprudence serait destiné à assurer une meilleure protection de la famille²⁴⁰.

²³⁸ Cette notion implique un rapport de consanguinité : LAGOSTENA BASSI-RUBINI, p. 312 § 257. Certains arrêts précisent : proches parents. La fiancée et la concubine n'ont donc pas qualité pour agir.

Cass. civ., 26 février 1966, n. 594, in *Foro it.* 1966, 1754; 15 déc. 1966, n. 2951, in *Giust. civ.* 1967, I, 1115; 28 nov. 1968, n. 3842, in *Mass. Giur. it.* 1968, 1384; 29 mars 1969, n. 1035 in *Mass. Giur. it.* 1969, 417.

²³⁹ Cf. notamment DE CUPIS, *Fatti illeciti*, in *Commentario del cod. civ.* di Scialoja e Branca, Bologna, 1971, art. 2043 note 29; SACCO, *L'ingiustizia di cui all'art. 2043*, in *Foro padano*, 1960, 1441; les auteurs que cite POGLIANI in *Temi – Rivista di giurisprudenza italiana*, 1972, 135 note 22.

²⁴⁰ Certains auteurs critiquent cette jurisprudence qu'ils trouvent trop restrictive : cf. notamment LAGOSTENA BASSI-RUBINI, p. 312 s. § 258 s.

Deuxième partie: Le calcul de la perte de soutien¹

Chapitre 7: Généralités

1. Calculer un dommage dont la réparation est demandée, c'est chiffrer son étendue, calculer la différence entre l'état actuel du patrimoine du lésé et l'état dans lequel il se trouverait si le fait dommageable ne s'était pas produit. L'opération revêt une importance pratique considérable². Elle sert de base au calcul des dommages-intérêts (chap. 5) qu'elle précède toujours.

2. L'article 45 al. 3 CO ne vise pas seulement à préserver les personnes soutenues de l'indigence, mais aussi à leur procurer le niveau de vie qu'elles auraient connu grâce au soutien prématurément décédé.

La perte de soutien se calcule d'après les prestations fournies en fait, non d'après celles que le soutien aurait été légalement tenu de faire. Elle dépend surtout du montant et de la durée des prestations d'entretien.

3. En règle générale, tout dommage se calcule *concrètement*, compte tenu de toutes les circonstances de l'espèce³. La règle s'applique également à la perte de soutien⁴. Il arrive toutefois que les données d'un cas particulier ne permettent pas de calculer la perte de soutien. On recourt alors:

- a) *aux précédents*, très importants, notamment pour déterminer les parts du revenu du soutien allouées aux personnes soutenues. M. OFTINGER⁵ relève que les précédents servent aussi la sécurité du droit;
- b) *aux données résultant de l'expérience générale de la vie* et notamment *aux données statistiques*, basées sur la loi des grands nombres. La jurisprudence s'en sert entre autre pour déterminer le salaire futur d'un enfant, la fin de la scolarité, la durée d'entretien des personnes soutenues ou les chances de remariage.

¹ A part la bibliographie spécialisée citée à p. 14 n. 1, cf.: WALTHER IM HOF, Die Art und Grösse des Schadenersatzes und der Genugtuung bei den Klagen aus OR Titel I II (thèse Berne 1912), spéc. p. 82s.; ARNOLD CÉRISOLI, Le dommage et sa réparation en matière extra-contractuelle. Etude comparative (thèse Lausanne 1909); GLARNER; VON TUHR SIEGWART, I, § 48; PICCARD, Invaliditäts- und Versorgerschaden, SZS 9 (1965), p. 161 s.; RUSCONI, Alcuni problemi della valutazione del danno secondo la recente giurisprudenza del Tribunale federale, Rep. 1970, p. 11; GUHL MERZ KUMMER, § 10; ENGEL, ch. 30.

McGRIGOR, Personal Injury and Death, International Encyclopedia of Comparative Law, vol. XI, chapter 9 (Tübingen, ... 1972).

² OFTINGER, § 6 I A (p. 171).

³ ATF 99 II 214 (216).

Notamment OFTINGER, § 6 III C a (p. 194) et arrêts cités à note 122.

Dans le droit des assurances privées au contraire, le dommage est calculé en principe abstraitement. Les polices d'assurances prévoient en général un pourcentage d'invalidité prédéterminé pour les blessures les plus courantes. L'indemnisation intervient abstraitement sur la base de ce pourcentage.

Cf. OFTINGER, § 6 III C (p. 194) n. 122 et 125.

⁴ ATF 89 II 396 (398); 90 II 79 (83-84); 95 II 411 (416).

⁵ § 6 III C a (p. 194).

Pour déterminer la perte de soutien, on conjugue dès lors les méthodes de calcul concrète (on tient compte de toutes les données du cas particulier) et abstraite (on recourt aux données fondées sur l'expérience générale de la vie et la moyenne des cas étudiés).

4. La responsabilité civile ne tend pas à assurer à la victime une réparation forfaitaire de son dommage. Le juge s'efforce donc, dans chaque cas particulier, de réparer le dommage réel pour replacer le lésé dans la situation qu'il aurait eue sans l'événement dommageable. Il doit essayer de rétablir la situation détruite et, par conséquent, fixer tous les éléments nécessaires au calcul le plus précis possible de la perte de soutien sur des bases claires et complètes : à défaut, il est impossible de vérifier l'application du droit⁶. Parfois, il est difficile ou impossible de procéder à une estimation chiffrée qui se baserait sur des données réelles. L'article 42 al. 2 CO permet alors au juge de procéder à une appréciation équitable du dommage en considération du cours ordinaire des choses et de l'expérience générale de la vie⁷.

5. Le dommage se calcule en plusieurs étapes si le montant des prestations fournies par le soutien aurait lui-même varié (par exemple à la suite d'une modification du salaire, du besoin de soutien du bénéficiaire, du nombre de personnes soutenues, etc.). Le Tribunal fédéral admet tout de même dans certains cas une opération unique si on choisit une valeur moyenne⁸, mais n'indique pas comment procéder.

La valeur moyenne est difficile à déterminer. Par conséquent, nous préférons le calcul par étapes, plus compliqué, mais plus précis.

En présence de plusieurs ayants droit, la perte de soutien se calcule séparément pour chacun d'eux en fonction des circonstances particulières propres à chacun⁹.

6. Le calcul de la perte de soutien repose sur des données incertaines que la jurisprudence ancienne compensait parfois par des abattements¹⁰. Elle a par exemple réduit de 4 à 3 ans la durée supputée des études universitaires de l'ayant droit, car il n'était pas certain qu'il aurait fréquenté l'université¹¹. Ces abattements sont inadmissibles¹² : l'incertitude qui demeure après qu'on a tenu

⁶ ATF 90 II 79 (83–85) : le Tribunal fédéral a réformé à juste titre l'arrêt cantonal qui offre un bon exemple de ce qu'il ne faut pas faire.

⁷ Cf. § 47.

⁸ Ex. ATF 102 II 90 (95), JT 1977 I 443 (444).

STAUFFER/SCHAETZLE (§ 45 ch. 4) l'admettent également dans certains cas.

⁹ Cf. § 17.

¹⁰ ATF 65 II 250 (256), JT 1940 I 436 (437); 66 II 206 (220–221) : le mariage n'était pas certain, car il avait été différé plusieurs fois.

¹¹ ATF 65 II 250 (256), JT 1940 I 436 (437).

¹² Soit l'enfant étudiera et ses études universitaires doivent être calculées sur une durée de 4 ans ; soit il n'étudiera pas et il n'est pas juste de supputer 3 ans d'études universitaires.

Il faudrait, s'il y a incertitude quant à la durée des études, allouer une rente conditionnelle. FEHR (p. 129) critique également cet arrêt.

compte de toutes les circonstances est inhérente à ce type de dommage; elle ne doit pas être préjudiciable au lésé. Au contraire, d'après la jurisprudence actuelle, c'est «un risque que doit assumer le défendeur qui répond du fait dommageable»¹³.

7. Le dommage réparable est le dommage net: il faut donc notamment résoudre le problème de l'imputation des avantages¹⁴.

8. Dans les faits, le calcul du dommage constitue peut-être la difficulté majeure de la perte de soutien. La jurisprudence du Tribunal fédéral reflète cette difficulté: les règles pratiques n'ont pas été dégagées sans tâtonnements et un certain schématisme ne peut être évité.

9. Trois remarques s'imposent enfin:

- a) La perte de soutien est un dommage futur. Il ne faut donc pas uniquement tenir compte de la situation au moment du décès du soutien, qui malgré son importance n'a qu'une valeur de référence, mais de son développement futur.
- b) Les circonstances du cas particulier sont toujours déterminantes.
- c) Les développements qui suivent s'efforcent de dégager, dans la jurisprudence du Tribunal fédéral, les principaux critères de calcul du dommage et une marche à suivre applicable à tous les cas. Le droit de la perte de soutien est en effet un véritable droit prétorien.

Chapitre 8: Le moment déterminant

Si la perte de soutien était indemnisée au moment du fait dommageable, son calcul se ferait au jour du décès du soutien. Toutefois, il s'écoule toujours un temps plus ou moins long entre le moment où le fait dommageable s'est produit et celui où le dommage est calculé, l'indemnité fixée. Certains faits peuvent survenir entre-temps qui influencent le montant du dommage, donc celui des dommages-intérêts. La pratique a donc dû arrêter le moment déterminant pour le calcul du dommage.

A. En général

Le dommage est calculé *au jour du jugement cantonal* et non au jour de la survenance de l'événement dommageable, ni à celui de l'introduction de l'action. Cette règle, prévue expressément en cas de lésions corporelles (art. 46 al. 2 CO

¹³ Cf. ATF 95 II 255 (264), JT 1970 I 554 (563-564): dommage pour invalidité subi par un enfant; 81 II 512 (518), JT 1956 I 237 (242): dommage esthétique. En cas de perte de soutien, le Tribunal fédéral manifeste souvent une retenue qui pénalise injustement la personne soutenue.

¹⁴ Cf. infra chap. 11.

notamment) vaut pour tout le droit fédéral¹⁵. La procédure cantonale doit s'y plier¹⁶. La date déterminante est celle du prononcé de la dernière juridiction cantonale qui peut encore connaître de faits nouveaux¹⁷. En revanche, le Tribunal fédéral statue sur l'état de fait retenu par la dernière juridiction cantonale¹⁸. Il ne peut pas connaître de faits nouveaux¹⁹, par exemple le remariage²⁰ du demandeur, ou son décès²¹, intervenu après le jugement cantonal.

B. En cas de perte de soutien

1. *Jurisprudence*. Contrairement à la règle générale, le dommage se calcule (abstraitemment) au jour du décès, car il n'est pas certain que sans l'accident, la victime aurait été en vie et capable de travailler jusqu'à la date du jugement²². On ne peut en déduire qu'il faut faire totalement abstraction des faits survenus après le décès du soutien, mais dans le doute, le juge «doit faire preuve de retenue dans la prise en considération de ces faits»²³. De même, la réduction à opérer pour tenir compte des chances de remariage de la personne soutenue s'évalue au jour du décès. «Il serait contradictoire de partir du jour du décès pour le calcul de l'indemnité due en raison de la perte de soutien et du jour du jugement pour apprécier les chances de remariage de la personne assistée; il peut en effet s'écouler des années, comme en l'espèce, entre ces deux moments»²⁴.»

2. Critique

a) *La perte de soutien devrait être calculée au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale*. C'était ce qu'avait jugé le Tribunal fédéral²⁵, avant qu'il

¹⁵ Cf. notamment OFTINGER, § 6 I B (p. 174) et arrêts cités à note 9.

¹⁶ Cf. notamment OFTINGER, § 6 I B (p. 174) et n. 10; DESCHENAUX/TERCIER, § 22 ch. 2.1.

¹⁷ ATF 77 II 152 (153); 99 II 214 (216).

¹⁸ Art. 55, al. 1 litt. c. et 63 al. 2 OJ.

¹⁹ Cela est parfois regrettable, bien que compréhensible.

²⁰ ATF 33 II 27 (32); 35 II 160 (162s.), JT 1910 I 74 (77); 72 II 214 (215).

Il ne peut tenir compte «que de la probabilité d'un remariage, telle qu'elle pouvait être envisagée dans l'instance cantonale»: ATF 72 II 214 (215).

²¹ Dès lors, bien qu'elle soit décédée, les ayants cause de la veuve obtiendront l'indemnité pour perte de soutien à laquelle elle avait droit à la suite du décès de son mari: ATF 40 II 260 (264-265), JT 1915 I 46 (50-51).

PICCARD (p. 119), cité par OFTINGER (§ 6 I [p. 174] n. 11) voit une possibilité de correction: l'octroi d'une rente prenant fin au décès. Toutefois, à notre avis, le Tribunal fédéral ne pourrait pas modifier le capital alloué par la juridiction cantonale en une rente prenant fin au décès du demandeur uniquement pour tenir compte de ce décès. Ce faisant, il prendrait en considération un fait nouveau, ce que la loi lui interdit.

En effet, dans l'hypothèse envisagée, il est évident que si le demandeur n'était pas décédé, le Tribunal fédéral ne modifierait pas la forme de l'indemnisation. STAUFFER SCHAETZLE (§ 9 ch. 6 litt. d) s'élèvent également contre cette solution.

²² ATF 84 II 292 (300), JT 1959 444 (444-445), qui traite toutefois de capitalisation et non de calcul; 90 II 79 (84); 95 II 411 (418); 97 II 123 (131); 99 II 207 (211); 101 II 257 (263), implicitement; 101 II 346 (351).

²³ ATF 97 II 123 (131); 99 II 207 (211); 101 II 346 (352).

²⁴ ATF 95 II 411 (418); 99 II 207 (211); 101 II 257 (264), implicitement; 102 II 90 (96).

²⁵ Cf. entre autres: ATF 77 II 40, passage publié in Sem. jud. 1951, p. 417 (419).

Le Tribunal fédéral estimait que l'«on peut négliger les risques de décès du soutien dans la pé-

ne modifie sa jurisprudence le 13 mai 1958²⁶. Le défendeur faisait valoir que la capitalisation du dommage devait se faire au jour du décès du soutien, car il fallait prendre en considération l'éventualité d'un décès du soutien²⁷ entre la survenance du fait dommageable et le jugement de la dernière juridiction cantonale (4 ans et trois mois). L'éventualité d'un décès n'était pas négligeable si l'on tenait compte de l'âge avancé de la victime, de son état de santé et du genre de vie qu'elle menait. Le Tribunal fédéral se rangea à cette manière de voir et capitalisa le dommage au jour du décès. Depuis, il faut, selon le Tribunal fédéral, calculer la perte de soutien au jour du décès²⁸.

Toutefois, si la perte de soutien doit être calculée au jour du décès, on ne peut logiquement prendre en considération les faits postérieurs, ce qui est difficilement soutenable. Pourquoi le juge devrait-il spéculer s'il connaît la situation réelle? D'ailleurs, le Tribunal fédéral a lui-même admis que les faits survenus après le décès du soutien peuvent être pris en considération²⁹.

Le revirement de l'arrêt 84 II 292 (300) n'est pas pour autant dénué de fondement, mais il faut lui redonner sa véritable portée. Les résultats de la capitalisation peuvent différer de façon sensible selon que l'éventualité d'un décès ou d'une invalidité du soutien avant le jour du jugement de la dernière juridiction cantonale est prise ou non en considération. Tel est le cas quand le soutien est âgé et que le procès dure longtemps, ce qui est malheureusement fréquent. Le Tribunal fédéral le démontre à l'aide de deux exemples³⁰: si le jugement a lieu 4 ans après le décès, la différence est de 10% pour un homme de 60 ans et une femme de 50 ans et de 20% pour un homme de 69 ans et une femme de 50 ans. Il veut donc qu'on tienne compte de cette éventualité. En revanche, on peut la négliger si le soutien est jeune et que le jugement intervient rapidement, car l'écart est minime³¹.

Cette différence résulte de l'influence que l'éventualité sus-mentionnée exerce sur la *durée* des prestations d'entretien. «Un calcul exact exigerait qu'on se fonde, pour la détermination de la perte de soutien, sur l'âge du défunt au jour du décès et sur celui de la personne soutenue au jour du calcul. Pour la période intermédiaire, il faudrait donc prévoir une rente sur la tête du soutien», et pour

riode généralement brève qui s'écoulera jusqu'au jugement cantonal et considérer qu'à cette date il aurait été encore en vie...».

²⁶ ATF 84 II 292 (300), résumé in JT 1959 I 444-445.

²⁷ L'arrêt parle du jour de l'accident. En l'espèce, en effet, la victime avait succombé le jour même de l'accident. Il est plus exact de parler du jour du décès, car celui-ci peut ne pas être immédiat.

²⁸ ATF 90 II 79 (84); 95 II 411 (418); 97 II 123 (131); 99 II 207 (211); 101 II 346 (351).

²⁹ ATF 97 II 123 (131); 99 II 207 (211); 101 II 257 (264); 101 II 346 (352).

³⁰ Il tire ces deux exemples des tables de STAUFFER/SCHAETZLE (2^e éd.), p. 24-25. La 3^e éd. comprend également une table indiquant les différences: § 46 ch. 3 b.

³¹ STAUFFER/SCHAETZLE, § 46 ch. 3 b.

le dommage futur, capitaliser une rente sur deux têtes (en tenant compte de la probabilité que le soutien aurait survécu, actif, au début de la rente). Le procédé est cependant presque toujours irréalisable, sauf recours à un actuair³². En effet, aucune table de capitalisation ne tient compte de cette éventualité.

Deux méthodes de capitalisation permettent d'éviter le recours à un actuair³³ : soit capitaliser le dommage au jour du jugement comme par le passé et opérer une réduction en pourcent suivant une table de MM. Stauffer et Schaetzle (§ 46 ch. 3 b) qui tient compte de l'éventualité d'un décès ou d'une invalidité du soutien avant le jour du jugement ; soit capitaliser une rente sur deux têtes au jour du décès. Le Tribunal préfère cette seconde méthode qui nécessite une seule opération, les intérêts exceptés³⁴. Certes, cette méthode présente l'inconvénient de négliger la survie du demandeur jusqu'au jour du jugement. La jurisprudence voit dans l'octroi d'un intérêt réparatoire de 5%³⁴ une compensation suffisante à cet inconvénient³⁵.

Le choix de la méthode de capitalisation pose uniquement un problème technique de capitalisation. Il ne contredit pas le principe juridique général qui veut que le dommage soit calculé au jour du jugement, puisqu'il ne le concerne pas.

Dès lors, la perte de soutien devrait être calculée *au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale*³⁶, bien que la rente sur deux têtes se capitalise, dans la méthode préférée par le Tribunal fédéral, au jour du décès. En France, il est de jurisprudence constante que « l'indemnité nécessaire pour compenser le préjudice doit être calculée sur la valeur du dommage au jour du jugement ou de l'arrêt... »³⁷.

b) *Le juge ne devrait pas faire hésiter à prendre en considération les faits postérieurs au décès du soutien.* Le Tribunal fédéral affirme pourtant le contraire, car dit-il, il faut être conscient de ce qu'il n'est pas certain que le soutien aurait été en vie et capable de travailler le jour du jugement »³⁸. Une telle retenue ne se justifie pas. En effet, c'est pour tenir compte de cette éventualité qu'on capitalise une rente sur deux têtes *au jour du décès du soutien*. Il ne faut dès lors pas en tenir compte une seconde fois³⁹.

c) *L'évaluation des chances de remariage et de la réduction correspondante devrait se faire au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale, puisque la*

³² STAUFFER/SCHAETZLE, § 46 ch. 3 a.

³³ ATF 84 II 292 (302), passage non résumé au JT 1959 I 444 (444-445).

³⁴ Ce taux est supérieur au taux de capitalisation.

³⁵ ATF 84 II 292 (303), JT 1959 I 444 (444-445).

STAUFFER/SCHAETZLE (§ 46 ch. 3 b ex. 47 litt. c) approuvent ce point de vue.

³⁶ Egalement de cet avis : OFTINGER, § 6 IV D e d (p. 246), STAUFFER/SCHAETZLE, RSJ 71 (1975), p. 120.

³⁷ LE ROY, p. 7 n° 3.

³⁸ ATF 97 II 123 (131); 99 II 207 (211); 101 II 346 (352).

³⁹ Même avis : SZÖLLÖSY, RSJB 1976 (112), p. 20 (31 in fine à 32).

perte de soutien devrait se calculer à ce moment-là⁴⁰. C'est d'ailleurs logique : si le demandeur s'est remarié avant cette date, on en tient compte⁴¹. Toutefois, la jurisprudence veut qu'on évalue les chances de remariage au jour du décès du soutien. «La détermination de tous les facteurs qui entrent en ligne de compte pour fixer l'indemnité pour perte de soutien doit se faire au même moment, sous peine d'opérer avec des éléments d'évaluation qui ne concordent pas⁴².» Dans cet arrêt, la dernière juridiction cantonale avait rendu son jugement plus de six ans après le décès du soutien. Or, une veuve de 45 ans n'a plus la même probabilité statistique de remariage qu'à 39 ans. C'est pourquoi, en appliquant au dommage subi par la veuve un facteur de réduction valable au décès de son mari, le Tribunal fédéral la pénalise injustement. Il lui fait supporter la probabilité théorique qu'elle avait de se remarier jusqu'au jour du jugement cantonal, alors que les juges savent qu'elle n'est pas remariée. La réalité connue doit céder le pas à une hypothèse basée sur la loi des grands nombres. Même si les tables de statistiques permettent d'évaluer au mieux la réalité qui n'est pas connue, leurs solutions ne peuvent jamais être plus précises que la réalité elle-même⁴³.

L'injustice de cette solution doit être apparue au Tribunal fédéral, car un arrêt récent a pris en considération les 4 années sans remariage jusqu'au jugement cantonal pour évaluer les chances de remariage d'un veuf⁴⁴. Toutefois, même dans ce cas, le Tribunal fédéral s'est placé au décès de l'épouse pour les déterminer, puis a réduit le taux obtenu par la table 60 de MM. STAUFFER et SCHAEZLE pour tenir compte des 4 années sans remariage. Cette solution de compromis cache une erreur de conception⁴⁵.

Chapitre 9 : Le montant de l'entretien

1. Parfois, le montant des prestations d'entretien futures est déterminable immédiatement, car le soutien aurait versé régulièrement une somme d'argent à la personne soutenue. C'est le cas de l'homme divorcé qui paie une pension alimen-

⁴⁰ RUSCONI, Rep. 1970, p. 1 (13); STAUFFER-SCHAEZLE, § 45 ch. 2 (la version originale allemande est plus précise : «Auf Grund ihres heutigen Alters...») et § 9 ch. 6; OFTINGER, § 6 IV D e d (p. 246).

⁴¹ ATF 54 II 294 (297), JT 1929 I 309 (312); 54 II 367 (369), JT 1929 I 43 (46); 66 II 175 (177); 82 II 132 (134); TF résumé in JT 1965 I 455 n° 64.

⁴² ATF 95 II 411 (418).

⁴³ Cf. la critique de RUSCONI in Rep. 1970, p. 1 (11 s.).

⁴⁴ ATF 101 II 257 (264).

⁴⁵ D'ailleurs n'est-elle pas en contradiction avec l'ATF 95 II 411 (418) qui affirmait que «la détermination de tous les facteurs qui entrent en ligne de compte doit se faire au même moment sous peine d'opérer avec des éléments d'évaluation qui ne concordent pas»?

En prenant en considération le fait qu'au moment du jugement cantonal, le demandeur ne s'était toujours pas remarié, on opère avec des éléments d'évaluation qui ne concordent pas.

taire à son ex-femme ou à ses enfants, du frère qui verse tous les mois une somme d'argent fixe à sa sœur, ou du fils à sa mère. Généralement, dans ces exemples, le soutien et la personne soutenue ne font pas ménage commun. Le montant des prestations d'entretien disparues ne sert toutefois de base au calcul de la perte de soutien que si, en cas de survie du soutien, il n'eût pas changé.

2. En règle générale, *le montant des prestations d'entretien futures n'est pas déterminable immédiatement*. Il dépend de la forme des prestations d'entretien. En principe, le soutien est alors un conjoint, père ou mère, enfant, fiancé. Lorsque ces prestations auraient été fournies en nature⁴⁶ ou en travail⁴⁷, il faut apprécier leur valeur. Nous examinerons comment procéder.

3. Evaluer le montant des prestations d'entretien est plus difficile en cas de perte différée: les inconnues s'accumulent. Lorsque le soutien est un enfant, il s'agit d'apprécier quels auraient été sa profession et son revenu futurs, ainsi que la part du revenu qu'il aurait consacrée à ses parents. Cette part dépendra de sa capacité et de sa volonté de soutien et du besoin de soutien de ses parents. L'action en constatation de droit est d'un faible secours (cf. infra § 45).

4. Si la victime avait d'autres frères et sœurs capables de soutenir les père et mère, sa part de soutien sera évidemment plus faible⁴⁸. Encore faut-il déterminer quelle part d'entretien chacun d'eux pourra et voudra fournir. L'entretien ne se divisera donc pas forcément en parts égales entre les enfants⁴⁹. Lorsque, au début, seul le soutien est capable d'aider ses parents, sa prestation d'entretien est plus importante, pour décroître à partir du moment où des frères et sœurs peuvent contribuer à l'entretien⁵⁰.

5. La jurisprudence tient compte de l'éventualité d'un mariage de l'enfant, car en général ses prestations d'entretien diminueront⁵¹ ou cesseront à partir de la date présumée du mariage⁵².

⁴⁶ C'est par exemple le cas du fils qui met un appartement à la disposition de ses parents.

⁴⁷ Cf. ALICE WEGMANN, RSJ 61 (1965), p. 100 pour les cas de travail de la victime dans l'entreprise de ses parents.

Sur la valeur du travail de la femme dans le ménage, cf. infra § 23.

⁴⁸ ATF 32 II 255 (260); 32 II 508 (514); 34 II 615 (621).

⁴⁹ ATF 32 II 508 (514): en l'espèce les parents ne devaient s'attendre à aucun entretien du fils installé en Australie.

⁵⁰ Cf. STAUFFER/SCHAETZLE, § 11 ch. 2.

⁵¹ ATF 59 II 364 (371).

⁵² Cf. infra la durée des prestations § 30 B.

Dans l'ATF 32 II 508 (514), le Tribunal fédéral n'a pas envisagé l'éventualité d'un mariage du fils, docteur en philosophie, promis à un bel avenir, qui aurait soutenu ses parents dans 8 ans, quand le besoin se serait fait sentir. Le mariage n'aurait-il eu aucune influence sur les prestations d'entretien fournies aux parents? Nous regrettons que le Tribunal fédéral n'ait pas été plus explicite.

Exemple intéressant donné par le TF à JT 1942 I 475 n° 29: un fils de 19 ans aurait soutenu ses parents avant de se marier, soit pendant 8 ans. Il les aurait à nouveau soutenus quand ils auraient eu 65 ans, soit 20 ans plus tard, mais alors marié, il leur aurait alloué environ le tiers du montant antérieur. C'est un bel exemple de perte immédiate temporaire et de perte différée.

Section I: La prestation d'entretien provenant du revenu du travail du soutien⁵³

Dans ce cas, le plus fréquent, le montant de l'entretien dépend du revenu du soutien.

§ 18 Revenu déterminant

*Est déterminant le revenu que le soutien aurait réalisé pendant le reste de son activité lucrative*⁵⁴. Cela exclut tout recours au salaire admis par la CNA comme base de calcul. En effet, la CNA calcule les rentes de survivants sur le gain de la victime durant l'année qui a précédé l'accident (art. 78 s. LAMA)⁵⁵.

a) Pour fixer le revenu déterminant⁵⁶, on part de celui que le soutien réalisait au moment de l'accident: il sert d'indice⁵⁷. Ce revenu est parfois difficile à établir, surtout dans les professions indépendantes⁵⁸. Une expertise comptable pourrait donner d'utiles renseignements sur les gains passés et les possibilités futures de gain⁵⁹. A défaut, l'estimation se basera sur des indices: déclarations fiscales⁶⁰, revenu d'une personne se trouvant dans une situation professionnelle analogue (par exemple deux dentistes appliquant les mêmes tarifs, ayant qualitativement et quantitativement le même genre de clientèle), le salaire dû pour l'engagement d'une personne ayant les mêmes qualifications que la victime et apte à la remplacer, différence entre le chiffre d'affaires réalisé avant le décès du soutien et celui réalisé après son décès etc.

Dans le revenu du soutien, il faut englober les *revenus accessoires réguliers*⁶¹, soit ceux sur lesquels le soutien pouvait compter pour augmenter son ordinaire⁶². En général, ces revenus accessoires proviennent d'heures de travail supplé-

⁵³ Dans ce cas, on capitalise en principe à l'aide des tables d'activité: cf. infra § 37 A.

⁵⁴ ATF 52 II 100 (101); 66 II 206 (220); 89 II 396 (398).

Sem. jud. 1946, p. 193 (205).

⁵⁵ Le projet de LAA (art. 151) adopte le même principe.

⁵⁶ Cf. également les arrêts et la doctrine relatifs à la détermination du revenu en cas de lésions corporelles. Ils sont également valables pour la perte de soutien.

⁵⁷ Ce n'est pas toujours le cas, cf. infra § 18 a in fine.

⁵⁸ OFTINGER, § 6 III C b δ (p. 206).

⁵⁹ OFTINGER, § 6 III C b δ (p. 206).

⁶⁰ ATF 66 II 206 (220). Sem. jud. 1955, p. 545 (548).

La présomption qu'elle crée peut être renversée par le lésé, s'il prouve qu'elle ne correspond pas à la réalité: OFTINGER, § 6 III C b δ (p. 206) n. 190. C'est un indice peu sûr qu'il faut manier avec prudence. La personne soutenue ne saurait être désavantagée parce que les déclarations fiscales du soutien étaient inexactes. La thèse de la vengeance sociale – tu n'as pas fait ton devoir fiscal, tu en supportes les conséquences dans un autre domaine – ne nous paraît pas soutenable. D'ailleurs, ce qu'il importe de connaître, c'est le gain que la victime aurait réalisé à l'avenir si elle n'était pas décédée, et non son gain passé.

⁶¹ ATF 29 II 225 (236); TF à JT 1945 I 419 n° 14; 72 II 214, passage publié in JT 1946 I 486 n° 28. Rep. 1971, p. 263 (270).

⁶² ATF 69 II 25, passage publié in JT 1943 I 457 n° 24.

mentaires, d'une activité annexe⁶³, de primes de rendement⁶⁴, de gratification ou de pourboires⁶⁵, d'une indemnité pour déplacement et séjour hors du domicile, d'indemnités kilométriques⁶⁶, d'indemnités de logement⁶⁷, de prestations en nature, comme la fourniture d'habits de travail⁶⁸, du logement, de la nourriture, de l'habillement et du blanchissage⁶⁹, d'éventuelles allocations familiales.

Le revenu déterminant est le *revenu net*, c'est-à-dire celui qui reste après déduction des frais d'exploitation affectés directement à l'obtention du revenu brut⁷⁰. Les primes payées à des assurances privées (contre les accidents, la maladie, la vieillesse, ...) ou les cotisations obligatoires à des caisses publiques (AVS, AI, CNA, Caisse de compensation, etc.) ne rentrent pas dans les frais d'exploitation. La part du revenu qui leur est affectée est destinée à un but «qui n'a aucune relation avec l'exercice de l'activité lucrative et le revenu qui en découle». En effet, il s'agit là «de mesures de prévoyance destinées à assurer l'entretien viager du bénéficiaire ou de ses survivants au cas où son salaire cesserait de lui être versé à la suite d'accident, de maladie ou de vieillesse»⁷¹.

En bonne théorie, il faudrait défalquer les impôt afférents au revenu de la victime et ajouter à l'indemnité fournie à la personne soutenue le montant de l'impôt qu'elle devra elle-même payer. Toutefois, en pratique, cette défalcation ne s'effectue pas, car l'amélioration relative du résultat qu'offre cette méthode ne justifie pas les complications de calcul qu'elle introduit. Dans une affaire récente où le problème des impôts était devenu sans objet, le Tribunal fédéral releva néanmoins que «le mode de calcul proposé par la recourante serait une source de complications et d'incertitudes supplémentaires, les personnes soutenues assurant par ailleurs, après le décès, les charges fiscales afférentes à leur revenu...»⁷².

⁶³ TF à JT 1945 I 419 n° 14: la victime avait un salaire de concierge et un salaire pour le chauffage de divers immeubles et des travaux d'ouvrier agricole.

ATF 72 II 214, passage publié in JT 1946 I 486 n° 28: la victime exerçait régulièrement le métier de charretier pour des transports de bois ou d'autres matériaux et exploitait avec sa femme un petit domaine agricole qui lui était affermé par son père.

Rep. 1971, p. 263 (270): la victime travaillait comme tailleur de pierre et, pour compléter son salaire, effectuait des travaux agricoles.

⁶⁴ Notamment pour certains vendeurs, ou pour les agents d'assurances.

⁶⁵ ATF 69 II 25, passage publié in JT 1943 I 457 n° 24. La gratification peut prendre la forme d'un treizième salaire mensuel. Le travailleur y a droit lorsque cela a été convenu dans le contrat de travail (art. 323 d al. 1 CO).

⁶⁶ ATF 69 II 25, passage publié in JT 1943 I 457 n° 24.

⁶⁷ ATF 38 II 228 (229) dans un cas de lésions corporelles.

⁶⁸ ATF 29 II 225 (237): si ces effets n'avaient pas été remis à la victime, elle aurait dû affecter une partie de son salaire pour se les procurer.

⁶⁹ ATF 52 II 384 (392).

⁷⁰ ATF 90 II 184 (188), JT 1965 I 452 n° 60.

⁷¹ ATF 90 II 184 (188), JT 1965 I 452 (453) n° 60.

⁷² ATF 101 II 346 (354).

Lorsqu'à la suite de circonstances passagères spéciales, les gains de la victime étaient, lors de l'accident, notablement supérieurs⁷³ ou inférieurs⁷⁴ à ce qu'ils auraient été probablement à l'avenir, on retiendra le gain qui aurait été réalisé une fois disparues ces circonstances⁷⁵.

b) Après avoir déterminé le revenu net moyen au moment de l'accident, on apprécie son *évolution probable sans l'accident*. Dans la pratique, on présume, en général, que le gain futur est égal à celui que la victime réalisait au moment de l'accident. Cette présomption de fait peut être renversée si on rend vraisemblable une modification ultérieure. Le revenu antérieur à l'accident ne sera déterminant que s'il représente ce que la victime aurait continué de gagner sans l'accident.

Il faut prendre en considération une fluctuation du revenu, due à une modification du salaire ou du chiffre d'affaires, *s'il est suffisamment vraisemblable qu'elle aurait eu lieu*⁷⁶. C'est pourquoi on doit supputer les perspectives d'avenir de la victime, ses chances d'avancement dans la hiérarchie professionnelle et les retenir quand elles existaient, au vu de ses capacités et des possibilités du marché de l'emploi⁷⁷. Si à un avancement professionnel viennent s'ajouter des travaux accessoires liés à la nouvelle profession, on doit en tenir compte⁷⁸. En principe, on présume que le défunt aurait continué d'exercer, sans l'accident, son activité antérieure. Toutefois, un changement très probable de profession est à retenir⁷⁹.

Grâce à son cahier des charges, on peut en général décrire d'une façon précise la carrière d'un fonctionnaire et déterminer sa classe finale de traitement⁸⁰. Le

⁷³ RVJ 1968, p. 62 (68) — JT 1968 I 470: revenu inhabituellement élevé d'un représentant de produits de luxe.

⁷⁴ A cause du chômage par exemple: Sem. jud. 1936, p. 489 (492); RSJ 39 (1943), p. 114-116.

⁷⁵ ATF 41 II 393 (402), JT 1915 I 652 (657).

Idem en France: Cass. civ. II, 31 janvier 1974: Gaz. Pal. 1974, II, J, 495: la victime, appelée à succéder à bref délai à son père comme chef d'entreprise, avait, en attendant, accepté provisoirement un salaire réduit.

⁷⁶ ATF 29 II 1 (9); 29 II 225 (235); 30 II 32 (36); TF à JT 1910 I 119 (124); 36 II 79 (82); 36 II 89 (96); 49 II 364 (369); 89 II 396 (398-399); 97 II 123 (131); 99 II 366 (373); 101 II 346 (352).

⁷⁷ ATF 49 II 364 (369); 99 II 366 (373); 101 II 346 (353).

Sem. jud. 1936, p. 489 (492): la victime, employée sur les chantiers de l'Etat, eût été en cas de survie, appelée à remplacer le cantonnier qui était proche de la retraite.

Idem en France: D. S. 1976, II, Somm. 31: «... Il y a lieu de tenir compte de ce que le mari décédé à l'âge de 40 ans, était polytechnicien, docteur ès sciences économiques et ingénieur en chef de l'armement et qu'il s'agissait donc d'un sujet brillant et promis à un bel avenir dans la carrière qu'il avait embrassée, sans qu'il soit cependant possible de spéculer sur un éventuel passage de ce fonctionnaire dans le secteur privé...»

⁷⁸ Sem. jud. 1936, p. 489 (492): la victime appelée à remplacer le cantonnier aurait arrondi son salaire avec les travaux accessoires confiés au cantonnier (entretien des tombes, ...).

⁷⁹ ATF 99 II 207 (209): dans cet arrêt, le Tribunal fédéral n'a pas retenu l'hypothèse d'un changement de profession de la victime, car elle n'était pas étayée par les constatations des premiers juges.

⁸⁰ Exemple: pour l'administration générale de la Confédération, cf. l'arrêt du Conseil fédéral concernant la classification des fonctions du 18 octobre 1972: l'opuscule publié par l'Office fédéral du personnel sur les «Conditions régissant les nominations et promotions aux fonctions de l'admini-

chef du personnel dont il dépendait est à même de fournir les renseignements nécessaires. Il faut alors tenir compte des augmentations de traitements périodiques et peut-être des avancements en grade⁸¹ de la victime jusqu'au maximum de sa catégorie. On ne saurait négliger le fait que le traitement maximum de la catégorie aurait été porté dans un avenir rapproché à un montant supérieur⁸².

Lorsque la victime travaillait dans le *secteur privé*, il est plus difficile d'établir son plan de carrière. On trouvera d'utiles renseignements dans les enquêtes d'octobre sur les salaires et traitement de l'OFIAMT⁸³ et dans les statistiques de la CNA basées sur les salaires payés en cas d'accident⁸⁴. Lorsque l'augmentation du revenu serait provenue d'une élévation du chiffre d'affaires (commerce ou entreprise en plein essor⁸⁵, médecin, avocat⁸⁶, notaire, ingénieur⁸⁷ installé depuis peu, etc.), il n'est pas toujours facile de la déterminer. Les comparaisons dans la catégorie professionnelle de la victime peuvent donner d'utiles renseignements, mais le recours à un expert s'avère souvent souhaitable.

A notre avis, il y a lieu de distinguer deux périodes pour apprécier l'évolution probable du revenu déterminant.

1. *Période antérieure au jugement de la dernière juridiction cantonale.* On doit prendre en considération l'évolution du salaire nominal du soutien. En général, cette évolution peut être appréciée avec une certitude suffisante pour les professions dépendantes et surtout pour le fonctionnaire. Pour les autres travailleurs, on peut en outre prendre comme base de comparaison l'évolution du salaire d'un collègue de travail de la victime qui occupe une place analogue ou le salaire de celui qui l'a remplacée⁸⁸. Seuls des indices sérieux peuvent justifier une base de calcul inférieure. Il incombe au responsable de les invoquer.

nistration générale de la Confédération (prescriptions concernant les promotions) valables dès le 1^{er} janvier 1973.

⁸¹ TF à JT 1910 I 119 (124); ATF 36 II 79 (82).

⁸² ATF 36 II 79 (82).

⁸³ Publiées dans la *Vie économique* (ex. 1976, p. 321 s.; 1977, p. 327 s.; 1978, p. 318 s.) et dans l'*Annuaire statistique de la Suisse*. On trouve dans la *Vie économique* d'autres renseignements. Exemple: les enquêtes de l'OFIAMT sur les taux des salaires pratiqués dans les grandes villes en vertu de conventions collectives de travail ou de réglementations publiques (pour avril 1977, *Vie...* 1977, p. 272).

⁸⁴ Publiées dans la *Vie économique* (ex. 1976, p. 109 s. etc.; 1977, p. 117 s., ...) et dans l'*Annuaire statistique de la Suisse* (ex. pour 1975–1977, *Annuaire* 1978, p. 359–362; pour 1973–1975, *Annuaire* 1976, p. 374–378; pour 1939–1972, *Annuaire* 1973, p. 379–380).

⁸⁵ ATF 89 II 396 (399): relieur de 30 ans, sérieux, travailleur, compétent, le seul du Bas-Valais, aurait vu le chiffre d'affaires de son entreprise en plein essor augmenter en dix ans de 21 000 francs à 30 000 francs et son gain net de 10 772 fr. 60 à 15 000 francs environ.

⁸⁶ ATF 66 II 206 (219–220).

⁸⁷ Sem. jud. 1946, p. 193 (204–205): la victime, 31 ans, ingénieur EPF, avait repris un bureau de géomètre, connu et achalandé, devenu vacant par la mort de son fondateur. Les témoignages recueillis démontraient que selon toute vraisemblance son gain aurait augmenté dans des proportions appréciables.

⁸⁸ ATF 101 II 346 (351–354). S'il est vrai que l'on peut sans autre retenir comme base de calcul le revenu du successeur de la victime, les réductions opérées dans cet arrêt par le Tribunal fédéral sur le revenu du successeur pour déterminer le revenu du soutien, nous paraissent exagérées. Leur fonde-

2. *Période postérieure au jugement de la dernière juridiction cantonale.* Rappelons ici que la différence entre le salaire nominal et le salaire réel se saisit en termes de variation.

Une augmentation du *salaire nominal* se décompose souvent en une augmentation destinée à compenser celle du coût de la vie et une augmentation du salaire réel. Elle n'implique pas nécessairement une élévation du niveau de vie.

En revanche, une augmentation du *salaire réel* implique une élévation du niveau de vie. L'accroissement du salaire réel peut avoir deux causes bien distinctes :

- la croissance économique, qui implique un accroissement de la productivité du travail dans l'économie nationale, dont les salariés bénéficient sous forme d'augmentation de salaire ;
- la promotion professionnelle.

Le Tribunal fédéral refuse de tenir compte de la dépréciation future de la monnaie⁸⁹. En revanche, il retient l'augmentation du salaire nominal, si elle est suffisamment vraisemblable. Le juge ne peut toutefois «se fonder sans autre sur les salaires moyens au jour du jugement rendu en dernière instance cantonale (supérieurs à ceux de l'époque du décès), ni sur les revenus qui ne sont alors que prévisibles pour l'avenir ; les salaires peuvent aussi diminuer ; les circonstances existantes au moment du jugement ne sauraient être appréciées de façon unilatérale, dans l'intérêt d'une seule partie...»⁹⁰. A notre avis, il faut distinguer selon la cause de l'augmentation du salaire réel. Lorsque l'augmentation de salaire est due à une promotion professionnelle, on doit toujours en tenir compte ; lorsqu'elle est liée à la croissance économique, il est trop périlleux de prévoir à moyen ou long terme l'évolution des salaires réels.

En 1970, le Tribunal supérieur du canton de Zurich a retenu que pendant le reste de l'activité lucrative (plus de 20 ans), le salaire réel de la victime eût augmenté de plus de 1% par an⁹¹. M. STEIN, qui approuve cette décision, trouve ce taux d'augmentation trop faible⁹². M. BUSSY pense qu'il est possible de prévoir l'évolution des salaires réels pour une période de 5 à 10 ans⁹³. De 1939 à 1976, la rémunération des travailleurs a augmenté en moyenne de 6,2% en valeur nominale et de 2,5% en valeur réelle ; celle des ouvriers de 6,4% et 2,7% ; celle des

ment n'est d'ailleurs pas toujours très solide. Un examen plus approfondi du cas aurait certainement permis de retenir un salaire de base du soaïen supérieur à celui retenu par le Tribunal fédéral, même si, vraisemblablement, il aurait été inférieur au montant retenu par la Cour civile.

⁸⁹ Cf. infra chap. 16.

⁹⁰ ATF 101 II 346 (352) ; 97 II 123 (131).

⁹¹ RSJ 67 (1971), p. 9 (10) = JT 1971 I 436.

⁹² RSJ 67 (1971), p. 49 (52).

⁹³ TCS n° 5, p. 8.

employés de 5,7% et de 2% ⁹⁴. Le rapport KNESCHAUREK ⁹⁵ prévoit un taux annuel probable d'accroissement de la productivité du travail (= produit national brut réel par travailleur) de 2,5 à 3%, un taux annuel probable d'augmentation du niveau de vie (= produit national brut réel par habitant) de 2,3 à 2,8%. Or, un taux d'accroissement de 2,8% implique un doublement tous les 25 ans.

Ces chiffres plaident en faveur de la décision du Tribunal supérieur du canton de Zurich. Il ne resterait plus qu'à déterminer le taux d'augmentation linéaire des salaires réels. Pourtant, nous n'approuvons pas cette façon de procéder ⁹⁶. En effet, il est impossible de prévoir à long terme d'une façon suffisamment certaine, l'évolution du salaire réel. Trop d'inconnues demeurent qui ne sont pas économiques, mais surtout politiques et sociales, pour qu'une extrapolation ne courre pas le risque d'être démentie par la réalité.

Par conséquent, l'hypothèse d'une promotion professionnelle exceptée, il faut à notre avis se baser en principe sur le salaire moyen (supérieur à celui touché au moment du décès) au jour du jugement cantonal pour calculer le dommage pendant cette seconde période. On ne peut s'en écarter que si des raisons nécessaires et suffisantes l'exigent, car il faut se fonder sur ce qui est connu. On ne peut retenir, comme le suggère le Tribunal fédéral, la simple possibilité théorique d'une baisse future des salaires réels, qui théoriquement peuvent aussi continuer d'augmenter: c'est d'ailleurs ce qu'indique la tendance actuelle ⁹⁷.

Nos développements relatifs à l'augmentation du revenu valent, mutatis mu-

⁹⁴ OFIAMT, enquête d'octobre 1976 sur les salaires et les traitements, *Vie économique* 1977, p. 327s. (328-329).

⁹⁵ Perspectives de l'évolution de l'économie suisse jusqu'en l'an 2000, 2^e partie, Perspectives de l'évolution économique globale, traduit par M. et M^{me} J.-C. Fivaz, Saint-Gall, mai 1970. Le rapport KNESCHAUREK a été très critiqué, mais non sur ce point.

⁹⁶ SZÖLLÖSY, in RSJB 112 (1976), p. 20 (33 n. 38), trouve également que l'Obergericht de Zurich va trop loin quand il admet des augmentations futures régulières du salaire réel.

⁹⁷ Dans l'ATF 97 II 123, la victime, ouvrier du bâtiment, gagnait lors de son décès en 1966, 5 fr. 03 à l'heure. En 1968, son salaire eût été porté à 5 fr. 70. Le 9 octobre 1970, la Cour d'Appel bernoise a calculé la perte de soutien sur cette base. Les personnes soutenues auraient voulu en revanche que le calcul se fasse sur la base d'un salaire de 6 fr. 32, vu la hausse substantielle des salaires dans la construction, prévisible dès le 1^{er} janvier 1971. Le Tribunal fédéral suivit la Cour d'Appel. Premièrement, les salaires peuvent baisser. A notre avis, une possibilité théorique de baisse n'est pas suffisante. Or, à l'époque, l'évolution du salaire moyen d'un ouvrier non qualifié, comme la victime, aurait été la suivante:

en 1970, 6 fr. 43; en 1971, 7 fr. 27; en 1972, 8 fr. 15 (cf. *Annuaire* 1973, p. 379); en 1973, 9 fr. 29; en 1974, 10 fr. 70 (cf. *Annuaire* 1975, p. 374); en 1975, 11 fr. 26; en 1976, 11 fr. 18; en 1977, 11 fr. 64 (cf. *Annuaire* 1978, p. 358). Il faut relever que les statistiques de la CNA ont été révisées en 1973.

Deuxièmement, le soutien était italien et sa famille vivait en Italie. «On ne sait dès lors si, et le cas échéant pendant combien de temps, il serait resté en Suisse et y aurait trouvé du travail.» Toutefois, dans l'arrêt publié, rien n'était cette thèse. Sa famille était peut-être restée en Italie à cause de notre législation relative aux travailleurs étrangers.

En l'espèce, le Tribunal fédéral aurait dû calculer la perte de soutien sur la base du salaire proposé par la veuve (bien inférieur d'ailleurs au salaire tel qu'il a évolué). La veuve aurait obtenu ainsi 27 842 francs au lieu de 20 770 francs. La différence de 7 072 francs est considérable quand on sait que l'indemnité pour perte de soutien sert à couvrir l'entretien des personnes soutenues et non à satisfaire leur luxe.

tant, pour sa diminution. Celle-ci peut provenir d'une baisse de la capacité de travail avec l'âge (si elle affecte le revenu), d'un changement défavorable de profession, du remplacement du salaire par une pension, etc.

Enfin, il faut souligner que les modifications de revenu n'entraînent pas nécessairement une évolution parallèle du montant des prestations d'entretien. Ainsi, par exemple, une diminution de revenu peut être compensée par une diminution des charges (fin de l'éducation des enfants...) ou par les économies (épargne) notables que la victime aurait faites⁹⁸, de sorte que les prestations d'entretien seraient restées les mêmes.

§ 19 Détermination des parts : solution actuelle

A. Le revenu étant fixé (§ 17), il faut en évaluer la part qui aurait été affectée à la personne soutenue. S'il y a plusieurs personnes soutenues, il faut estimer séparément la part affectée à chacune d'elles⁹⁹.

Le cas le plus important est celui de l'entretien fourni à la famille du défunt. En général, la part affectée à la famille est d'autant plus faible que le revenu est élevé¹⁰⁰, d'autant plus forte que le revenu est bas¹⁰¹. Aucune norme, aucun tarif ne fixe schématiquement la part affectée aux survivants. Elle sera estimée, de cas en cas, suivant les circonstances particulières de l'espèce¹⁰². Si la femme subvient en partie à ses besoins, on en tiendra compte¹⁰³; de même si la famille vit dans un logement dont la femme est propriétaire¹⁰⁴.

⁹⁸ ATF 55 II 146 (147), JT 1929 I 613 (622).

⁹⁹ Cf. supra § 17 A et infra § 19 B.

¹⁰⁰ Cela découle du caractère hypothétique des prestations d'entretien. Le mari qui a un revenu particulièrement élevé, 150 000 francs par exemple, n'emploie pas pour un entretien « normal » de sa femme trois fois plus d'argent que celui dont le revenu est de 50 000 francs. Cf. pour quelques réflexions à ce sujet : STAUFFER/SCHAETZLE, § 9 ch. 5.

Le fait que le revenu soit particulièrement élevé peut aussi être un facteur de réduction de l'indemnité : cf. infra chap. 14.

¹⁰¹ ATF 69 II 25, passage publié in JT 1943 I 457 (458); RVJ 1968, p. 62 (68).

¹⁰² ATF 72 II 165 (166), JT 1946 I 616 (618). Tous les auteurs le soulignent.

Exemples : ATF 49 II 364 (369) : la victime avait des besoins modiques et une haute conception de ses devoirs de mari et de père. ATF 66 II 175 (178) : âge des enfants soutenus ; la victime était-elle économe ou dépensière ?

ATF 99 II 207 (210 c. 5).

Rep. 1971, p. 263 (271) : la victime était un homme travailleur, dévoué à la famille, et désireux d'assurer à ses enfants un avenir meilleur. C'est pourquoi il faisait de grands sacrifices pour leur permettre de faire un apprentissage assez long comme celui de typographe.

¹⁰³ Exemple : TF à JT 1958 I 450 n° 73.

On ne doit pas tenir compte de la simple possibilité que d'autres enfants eussent pu survenir :

Contra : TF à JT 1958 I 450 n° 73 ; 99 II 366 (373) où le Tribunal fédéral affirme que, s'agissant de parents jeunes, mariés depuis moins de 5 ans et ayant un enfant, la survénance probable d'autres enfants devait être prise en considération pour fixer les parts.

En principe, le nombre d'enfants nous paraît être une question éminemment personnelle. On ne peut donc prendre des conclusions aussi générales que celles du Tribunal fédéral.

¹⁰⁴ ZR 69 (1970) n° 141, p. 371 (376-377).

A ses rentiers, la Caisse nationale alloue une part fixe du revenu déterminant : 30% à la veuve, 15% à l'orphelin de père ou de mère, 25% à l'orphelin de père et de mère (art. 84ss. LAMA). Un projet de révision législative porte à 35% la part de la veuve (LAA, projet du 18 août 1976, art. 31). Ces taux sont fixés par la loi, sans égard aux circonstances particulières du cas. Ils ne sont *pas* applicables, même par analogie, en matière de responsabilité civile¹⁰⁵. Le droit des assurances sociales part de prémisses différentes ; il ne vise pas à réparer intégralement le dommage¹⁰⁶.

Sur la détermination des parts, la jurisprudence du Tribunal fédéral est abondante. Pour les praticiens, elle sert souvent d'oreiller de paresse : ils n'en usent pas avec le discernement nécessaire. MM. STAUFFER et SCHAETZLE relèvent d'ailleurs que la jurisprudence fédérale «ne tient pas toujours suffisamment compte des circonstances du cas particulier»¹⁰⁷.

Dans un ménage de plusieurs personnes, chacune vit à meilleur compte que si elle était seule¹⁰⁸. Plus une famille est nombreuse, moins il en coûte d'entretenir un de ses membres¹⁰⁹. Après le décès du soutien, l'entretien de chaque survivant

¹⁰⁵ ATF non publié, Dame Schopfer c. Rossetti, du 9 octobre 1928 (cité in Sem. jud. 1936, p. 489 (493), et in ATF 55 II 80 (89); 55 II 80 (89).

¹⁰⁶ Par exemple, pour une incapacité absolue de travail, la rente équivaut au 70% du gain annuel de l'assuré. (Une majoration est prévue dans des cas spéciaux.)

¹⁰⁷ § 9 ch. 4.

Le Tribunal fédéral devrait également, à notre avis, laisser parfois un plus large pouvoir aux juges du fond dans l'appréciation des circonstances de fait.

¹⁰⁸ ATF 64 II 420 (425), JT 1939 I 262 (268); 64 II 429 (430), JT 1939 I 110 (113); 69 II 25 passage publié in JT 1943 I 457 (458b); 72 II 165 (167-168), JT 1946 I 616 (619); TF à Sem. jud. 1958, p. 465 (473); 93 I 586 (592), JT 1969 I 473 (474).

Le minimum d'existence pour couple n'équivaut d'ailleurs pas au double du minimum d'existence pour une personne seule. Cf. ELWIN ELMER, La détermination du salaire insaisissable, JT 1959 II 34s.

Cf. également les directives de la Conférence des préposés aux poursuites pour dettes et faillites de Suisse aux autorités cantonales de surveillance pour la détermination du minimum d'existence selon l'art. 93 LP publiées chaque année dans les Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs (BlSchK) adaptées à l'évolution du coût de la vie. Les BlSchK 1975, p. 30s. (31), donnaient les chiffres suivants :

	Base 1966	Aut. 1973	Aut. 1974
1. Pour une personne seule			
a) vivant chez des proches	331,3	465.—	515.—
b) ne vivant pas chez des proches	389,8	545.—	615.—
2. Pour un couple	438,5	615.—	680.—

(loyer, chauffage, éclairage, cotisations sociales en plus).

La méthode de calcul a été modifiée en 1976 (BlSchK 1976, p. 161 s., 1977, p. 1 s.), ce qui donnait :
et maintenant (BlSchK 1977, p. 155):

1.	a)	420.—	530.—
	b)	450.—	590.—
2.		670.	785.—

Le rapport personne seule-couple est de 100: 150.

FAVRE, Droit des poursuites, 3^e éd., Fribourg 1974, publiée également au § 59 Appendice, les directives applicables au 1. I. 1974. Toutefois, le chiffre de 615 francs qu'il donne pour une personne seule ne vivant pas chez des proches est faux, il s'agit de 545 francs.

¹⁰⁹ TF à JT 1958 I 253 (254).

coûte plus cher qu'avant, en particulier pour le logement¹¹⁰. Le dommage s'en trouve augmenté, à la charge du responsable¹¹¹. Ainsi le Tribunal fédéral a-t-il jugé qu'on «doit dès lors, dans le calcul des dommages-intérêts, partir d'un montant quelque peu supérieur à ce que le sinistré eût consacré à l'entretien du survivant»¹¹². Malheureusement, la pratique néglige cet élément de calcul¹¹³. Les personnes soutenues reçoivent les indemnités calculées sur leur part non majorée du revenu déterminant.

B. Au sujet des parts du revenu reconnues à la veuve qui n'exerce pas d'activité lucrative, et aux enfants, la jurisprudence du Tribunal fédéral permet de faire les constatations suivantes¹¹⁴:

1. *Veuve sans enfants*

La part est généralement de 40, de 45 parfois de 50%¹¹⁵. M. THILO faisait la même constatation en 1943 déjà¹¹⁶. Une part de 40% correspondrait à la moyenne¹¹⁷. En général, la doctrine approuve cette jurisprudence. Toutefois, MM. STAUFFER et SCHAEZLE font remarquer que le Tribunal fédéral a parfois retenu un taux de 40% dans des cas fort différents¹¹⁸. Pour M. GIRSBERGER¹¹⁹, la part devrait varier entre 30 et 50% pour les travailleurs de classe moyenne inférieure. M. RUSCONI¹²⁰ trouve qu'elle devrait être fixée à 50% «en tout cas si le gain du mari est modeste». M. STEIN¹²¹ enfin affirme, chiffres à l'appui,

¹¹⁰ ATF 93 I 586 (592), JT 1969 I 473 (474).

¹¹¹ Cf. les arrêts cités à note 108 et TF à JT 1958 I 253 (254).

¹¹² TF à JT 1958 I 253 (254) où il se réfère aux ATF 64 II 425, 429 et 72 II 165 (167), JT 1946 I 616 (619).

¹¹³ Même avis STAUFFER/SCHAEZLE, § 9 ch. 4.

Leur explication est intéressante: «D'un point de vue psychologique, cela s'explique probablement par le fait qu'il est entré une fois pour toutes dans les mœurs de répartir le revenu en parts attribuées en pourcentages au soutien et à la personne soutenue. Ce faisant, on s'en tient quasiment à un axiome qui voudrait que le total des parts ne dépasse jamais 100%.»

¹¹⁴ OFTINGER (§ 6 IV B ex [p. 239s.]) a résumé un certain nombre de cas tirés pour la plupart de la jurisprudence du Tribunal fédéral. Il donne, dans la mesure où ils sont connus, la profession, le revenu et l'âge du soutien, l'âge des personnes soutenues et la part du revenu qui leur est allouée. Les cas concernent principalement le décès du mari.

¹¹⁵ Exemples:

a) 40%: ATF 52 II 100 (102); 60 II 416, passage publié in JT 1935 I 331 (337); 64 II 420 (425), JT 1939 I 262 (268); 64 II 429 (430), JT 1939 I 110 (112); TF à Sem.jud. 1962, p. 334; 95 II 411 (417).

ATF 55 II 80 (88); 42%; 67 II 49 (56); env. 43%.

b) 45%: ATF 56 II 267 (269), JT 1931 I 41 (44); le revenu provenait de la pension du défunt; 69 II 25, passage publié in JT 1943 I 457 (458) n° 24; 72 II 165 (167), JT 1946 I 616 (618) dès que les enfants auraient été majeurs;

c) 50%: ATF 35 II 17 (24); le défunt avait 72 ans et demi et un revenu très bas; TF à JT 1945 I 419 (420); 72 II 214, passage publié in JT 1946 I 486 (487) n° 28.

Pourcentages inférieurs: 16,6%: ATF 25 II 641 (651), JT 1901 I 11 (20); env. 29%: 55 II 146 (148), JT 1929 I 613 (622).

¹¹⁶ JT 1943 I 458.

¹¹⁷ ATF 64 II 420 (425), JT 1939 I 262 (268); TF à Sem.jud. 1962, p. 334.

¹¹⁸ § 9 ch. 4.

¹¹⁹ RSJ 61 (1965), p. 273 (274).

¹²⁰ TCS n° 6, p. 53 (54) dans un commentaire à l'arrêt 99 II 207.

¹²¹ RSJ 67 (1971), p. 49 (53).

que la veuve emploie la moitié du revenu familial pour maintenir son niveau de vie antérieur.

2. Veuve avec enfants

a) *Part allouée à la famille.* A la veuve et aux orphelins, le Tribunal fédéral alloue des parts variant de 50 à 66–67%. Ce dernier taux semble constituer un plafond.

Exemples:

(V = veuve; E = enfant)

1 enfant:

45%:	TF à JT 1908 I 450 (457)	V: 27% E: 18% env.
50%:	ATF 36 II 79 (82) ATF 54 II 294 (295), JT 1929 I 309 (310)	V: 41% env. E: 9% V: 33% env. E: 17%
55%:	TF à JT 1958 I 450 n° 73 ATF 99 II 366 (373)	V: 35% E: 20% V: 40% E: 15%

2 enfants¹²²:

50%:	ATF 25 II 763 (769) ATF 29 II 1 (9) ATF 33 II 278 (280) ATF 36 II 188 (191), JT 1911 I 360 (364)	V: 17% env. E: 17% 2x. V: 25% env. E: 12,5% 2x. V: 30% E: 20% ensemble V: 25% E: 25% ensemble
55%:	ATF 31 II 623 (631), JT 1906 I 258 (266)	V: 33% E: 11% 2x.
env. 59%:	ATF 59 II 461 (463), JT 1934 I 402 (406)	V: 26% env. E: 16% 2x.
60%:	ATF 101 II 346 (353)	V: 30% E: 15% 2x.
61%:	TF à JT 1904 I 264 (270–271)	V: 33% E: 14% 2x.
65%:	ATF 90 II 184, passage publié in JT 1965 I 452 (453)	V: 35% E: 15% 2x.
env. 67%:	TF à JT 1934 I 300 (308)	V: 40% E: 13,3% 2x.
70%:	Rep. 1971, p. 263 (271): la victime faisait de grands sacrifices pour permettre à ses enfants de faire un apprentissage assez long.	

¹²² L'ATF 55 II 146, passage publié in JT 1929 I 613 (615, 622) offre un cas surprenant. La Cour cantonale remarqua que, «les chiffres des rentes, tels qu'ils figurent dans les conclusions des demandeurs, sont de toute façon passablement en-dessous du dommage effectivement subi»!

*3 enfants :***51% :** TF à JT 1908 I 329 (334)

env. 58% : ATF 29 II 225 (228)

V : 25%

E : 11% 3x.

66% : ATF 52 II 451 (456), JT 1927 I 199 (204)*4 enfants :***59% :** ATF 29 II 604 (612), Sem.jud. 1904, p. 705 (710)

V : 27%

E : 8% 3x.

60% : ATF 72 II 214, passage publié in JT 1946 I 486 (487)

V : 30%

E : 30% ensemble

*5 enfants :***50% :** TF à Rep. 1953, p. 78 (83) : La part de 50% retenue par la juridiction cantonale est inférieure, dit le Tribunal fédéral, à celle admise par la jurisprudence dans des cas semblables.**56% :** ATF 31 II 281 (289), Sem.jud. 1906, p. 369 (375)

V : 16%

E : 8% 5x.

*6 enfants :***60% :** ATF 37 II 93 (95), JT 1911 I 642 (644)

V : 20%

E : 40% ensemble

66% : TF à JT 1905 I 268 (279)

V : 18%

E : 8% 6x.

ATF 36 II 89 (96)

V : 22%

E : 44% ensemble

Dans un arrêt ancien, le Tribunal fédéral affirme d'ailleurs que le mari et père emploie généralement pour son entretien personnel le tiers, voire la moitié de son salaire¹²³. Pour MM. STAUFFER et SCHÄTZLE¹²⁴, il peut arriver, dans des cas exceptionnels que «la femme et les enfants reçoivent un soutien allant au total jusqu'à 75% du revenu du père».

b) *Détermination des parts de chacun.* La part que le soutien alloue à la famille étant déterminée, il faut la répartir entre les personnes soutenues. La part de la veuve diminue à mesure qu'augmente le nombre d'enfants.

La jurisprudence ne permet pas de dégager des constantes de répartition. Toutefois, il semble que pour un enfant, le taux varie plutôt entre 15 et 20%, pour deux enfants plutôt autour de 15% par enfant et qu'à partir de 4 enfants, il descende en dessous de 10% par enfant¹²⁵. MM. STAUFFER et SCHÄTZLE admettent également que les «quotes-parts pourront exceptionnellement descendre en dessous de 10% par enfant»¹²⁶. Ils proposent un tableau des parts affectées à la veuve et aux enfants en pour-cent du revenu du soutien, mais rappellent qu'il faut s'en tenir en premier lieu aux circonstances particulières de l'espèce.

¹²³ ATF 36 II 89 (96) : la victime avait la charge de 6 enfants !

¹²⁴ § 9 ch. 4.

¹²⁵ Cf. notamment les exemples fournis à n. 122.

¹²⁶ § 9 ch. 4.

Ce tableau montre 4 exemples de variation basés sur une part allouée à la veuve seule de 35, 40, 45 et 50%. Chaque exemple détermine les parts affectées à la veuve et aux enfants dont le nombre va jusqu'à 10¹²⁷.

§ 20 Critique de la solution actuelle et proposition

A. La méthode actuelle détermine les parts du revenu que la victime aurait consacrées aux personnes soutenues. *Elle n'est pas satisfaisante, car la détermination des parts est arbitraire. Le Tribunal fédéral n'a jamais fourni de justification véritable des taux retenus, ni de méthode quelque peu scientifique pour les fixer. Il se contente de formules telles que « d'après l'expérience générale de la vie ».* Pourtant des enquêtes économiques illustrent les budgets types des cellules familiales selon certains schémas: catégorie socio-professionnelle, composition de la famille, âge, etc. La « Vie économique » publie chaque année les résultats d'une enquête annuelle que l'OFIAMT mène sur les budgets familiaux des salariés¹²⁸. « Les résultats de l'enquête permettent de déterminer les relations fonctionnelles qui existent entre, d'une part, la structure des dépenses et, d'autre part, le revenu, la taille du ménage ainsi que la situation professionnelle et la position sociale du chef de ménage, c'est-à-dire les principaux facteurs qui agissent sur la composition des dépenses...¹²⁹. » Puiser dans ces enquêtes constitue peut-être le seul moyen de sortir de l'ornière, et d'ébaucher enfin une détermination plus scientifique de ces taux¹³⁰. Or, le Tribunal fédéral les ignore. Les parts allouées aux personnes soutenues dépendent moins des circonstances particulières de l'espèce qu'elles ne procèdent d'un schématisme préétabli sur des bases très fragiles. Le recours à un certain schématisme peut s'avérer nécessaire, mais encore faut-il pour le tolérer que ses bases ne relèvent pas de l'arbitraire.

Selon le Tribunal fédéral, la victime sans enfant affecte en moyenne 40% de son revenu à sa femme¹³¹. M. STEIN fixe cette moyenne à 50% en se basant sur une enquête de l'OFIAMT¹³². A supposer que l'on puisse procéder à des affirmations aussi générales et que cet auteur ait raison, le Tribunal fédéral pénaliserait chaque année la veuve d'un montant considérable. Il est regrettable que notre

¹²⁷ § 45 ch. 3. Les plans de répartition de l'entretien sont fondés sur certaines hypothèses mentionnées par les auteurs. La formule mathématique se trouve au § 51 (p. 412) de l'édition allemande.

Nous n'avons pas la compétence de nous prononcer sur la validité de ce plan de répartition. Il serait toutefois utile, vu l'importance du rôle qu'il joue et qu'il peut être amené à jouer, que le Tribunal fédéral nomme une commission d'experts pour juger de sa validité.

¹²⁸ Vie économique 1978, p. 347 s., Budgets de ménages de salariés en 1977.

¹²⁹ Vie économique 1978, p. 347.

¹³⁰ Ce même genre d'enquête est menée également dans d'autres pays. Cf. par exemple pour la Belgique: R. RENARD, Budgets et conditions de vie des familles en milieu urbain, Liège 1972.

¹³¹ Cf. supra § 19 B 1 et n. 117.

¹³² RSJ 67 (1971), p. 49 (53).

Haute Cour n'ait pas, à notre connaissance, réfuté la démonstration de M. STEIN.

Lorsque le revenu du soutien est particulièrement élevé, le Tribunal fédéral réduit à juste titre les parts moyennes qu'il retient. Toutefois, il ne dit pas comment les réduire, ni comment déterminer alors la part. La réduction finit donc par être également arbitraire.

Les parts retenues devraient être ensuite quelque peu majorées, car l'entretien de chaque survivant coûte plus cher qu'avant¹³³. Toutefois, en règle générale, on renonce à toute majoration car on ne dit pas comment l'évaluer¹³⁴. On peut en revanche tenir compte plus facilement des petits travaux que le mari aurait continué d'accomplir dans la maison et que la veuve doit désormais confier à des tiers contre paiement¹³⁵.

B. 1. Le droit de la responsabilité civile tend à replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne sans la survenance de l'évènement dommageable. Le responsable ne peut pas exiger des personnes soutenues qu'elles adoptent un niveau de vie inférieur à celui que le soutien leur aurait offert¹³⁶. *On doit donc chercher quel montant leur est nécessaire pour avoir ou conserver ce niveau de vie*¹³⁷. Afin de répondre à cette question, il faudrait partir des dépenses du ménage avant le décès du soutien et déduire les économies possibles à la suite du décès.

Quelles sont les dépenses d'un budget familial normal? Nous faisons nôtre la division des dépenses élaborée par l'OFIAMT dans les enquêtes qu'il mène sur les budgets familiaux des salariés. Elle va constituer notre schéma de référence (voir ci-contre):

Le décès du soutien n'antraîne pas une diminution proportionnelle de toutes les dépenses d'entretien. Elles se divisent en deux groupes:

a) *les dépenses fixes* (dont le montant ne diminue pas à la suite du décès du soutien). Ce sont par exemple les frais de logement¹³⁸ (loyer, chauffage, éclair-

¹³³ STAUFFER/SCHAETZLE, § 9 ch. 4.

¹³⁴ Une autre raison est exposée par STAUFFER/SCHAETZLE, § 9 ch. 4.

¹³⁵ Le responsable doit les supporter. Même avis GILLIARD, RDS 86 (1967), II, p. 257; ZR 69 (1970) n° 141, p. 371 (376). Il faut les traiter ici et allouer le montant total qu'elles représentent à la veuve. Il ne serait pas juste d'augmenter quelque peu le salaire déterminant du mari pour en tenir compte. L'attribution à la veuve d'une part du revenu, (donc d'une part de ces dépenses) ne compense pas la totalité de ces dépenses supplémentaires.

¹³⁶ Cf. supra chap. 5 ch. 3 et n. 224.

¹³⁷ C'est d'ailleurs ainsi que l'on procède en cas de décès d'une femme travaillant exclusivement dans le ménage: cf. infra § 23. D'après THUR O., c'est ce qu'aurait affirmé le Tribunal fédéral lui-même in TF à JT 1958 I 253-254.

¹³⁸ Il n'y a pas de loyer si, par exemple, la famille vit dans un appartement propriété de la femme.

Dépenses principales	Principales positions
<i>Alimentation</i>	
<i>Boissons et tabacs</i>	vin, bière, boissons non alcoolisées, cigarettes, cigares, tabac pour pipe
<i>Habillement</i>	vêtements, linge de corps, articles de mercerie, chaussures
<i>Effets personnels</i>	bijoux, montres, autres effets personnels, réparation de bijoux, montres, etc.
<i>Loyer</i>	
<i>Aménagement du logement</i>	tapis, rideaux et accessoires, literie, mobilier, machines et appareils électro-ménagers, ustensiles de cuisine et de ménage, vaisselle et couvert, réparations
<i>Chauffage et éclairage</i>	
<i>Nettoyage de l'habillement et du logement</i>	produits pour la lessive et le nettoyage, blanchissage, nettoyage
<i>Santé et soins personnels</i>	articles de toilette, coiffeur, dentiste, médicaments non remboursés, participation aux frais médicaux et hospitaliers
<i>Instruction et loisirs</i>	livres, journaux, revues, disques, articles de photo, achat ou location radio/télévision, taxe de concession radio/télévision, billet pour le cinéma, frais de scolarité, vacances, excursions, voyage d'agrément
<i>Transports et communications</i>	CFF, bicyclettes, cyclomoteurs, auto (carburant, pneus, batterie, etc., service réparations, loyer garage ou place de stationnement), assurances des véhicules, impôts et taxes, PTT
<i>Dépenses de société et dépenses diverses</i>	argent de poche, cadeaux, cotisations, collectes, imprévus
<i>Assurances</i> (sans les assurances pour les véhicules à moteur)	assurance sur la vie assurance-maladie et accidents autres assurances de personnes, assurances de biens AVS/AI/APG, caisse de retraite
<i>Impôts et taxes</i>	

rage, assurance «ménage», ...) – en principe, la personne soutenue a le droit de garder le même appartement ou la même maison¹³⁹; on ne peut pas lui imposer la location ou la sous-location d'une chambre à des tiers –¹⁴⁰; les impôts et

¹³⁹ ATF 64 II 429 (430), JT 1939 I 110 (113); 102 II 90 (92), JT 1977 I 443.

FEHR (p. 81): tel ne sera pas le cas si l'appartement exige des dépenses hors de l'ordinaire qui étaient dictées par exemple par le devoir de réceptions de la victime et qui ont disparu avec son décès.

¹⁴⁰ Même avis, STEIN in RSJ 67 (1971), p. 49 (52).

Contra, mais à tort, ZR 69 (1970) n° 141, p. 371 (376). La famille (mari, femme, 3 enfants) occu-

les assurances pour les véhicules à moteur; les taxes de concession radio et télévision; le journal; l'assurance responsabilité civile privée;

b) *les dépenses variables* (dont le montant diminue à la suite du décès du soutien). La diminution pour les dépenses variables peut être:

- *proportionnelle* (exemple: dépense pour deux personnes 10, pour une 5): billets pour le théâtre, le cinéma; frais de transport par chemin de fer; les boissons, etc.;
- *moins que proportionnelle* (exemple: dépense pour deux personnes 10, pour une 6): alimentation; habillement en cas de décès de l'homme; nettoyage de l'habillement et du logement; assurance maladie et accidents en cas de décès de l'homme; frais d'achat, de service et de réparation, de carburant, de pneus d'une voiture; souvent frais de vacances (location d'un appartement, d'un chalet, transport, ...); etc.;
- *plus que proportionnelle* (exemple: dépense pour deux personnes 10, pour une 4): habillement en cas de décès de la femme; assurance maladie et accidents en cas de décès de la femme; voyage d'affaires en cas de décès de l'homme; AVS/AI/APG lorsque la personne soutenue ne doit pas exercer d'activité lucrative; etc.

Méthode de calcul proposée

Il faudrait déterminer de la façon suivante le montant nécessaire aux personnes soutenues pour avoir ou maintenir le niveau de vie que le soutien leur aurait offert:

Fixer tout d'abord le revenu déterminant du soutien (§ 17), puis déterminer les dépenses du ménage et les diviser en dépenses fixes et en dépenses variables. Cette division étant faite, examiner quelles sont, à la suite du décès, les économies possibles sur les dépenses variables.

2. Appliquons la méthode de calcul proposée à un ménage de deux personnes sans enfant. Le mari seul exerce une activité lucrative. *Nous cherchons quelle part, exprimée en pour-cent, du salaire de son mari la veuve doit obtenir pour maintenir le même niveau de vie.*

Afin de ne pas être suspecté d'avoir créé des exemples pour les besoins de la démonstration, nous nous sommes basés sur les chiffres fournis par l'enquête de l'OFIAMT sur les budgets de ménage de salariés en 1976¹⁴¹. Nous avons retenu les chiffres fournis par les différentes positions des dépenses. Nous ne donnons ici que le résultat de nos estimations.

paient un appartement de 3 pièces, un appartement de 2 pièces et un garage. Selon la Cour cantonale, la femme doit louer, après le décès de son mari, une chambre et le garage!

¹⁴¹ Vie économique 1977, p. 509s.

Exemple 1¹⁴²

Revenu du mari: 32000 francs. Total des dépenses du ménage: 32000 francs.

Dépenses du ménage	Données OFIAMT (avant le décès): mari et femme	Nos appréciations après le décès: veuve
Alimentation	16,41	9
Boissons et tabacs	3,35	2
Habillement	5,27	2,8
Effets personnels	0,6	0,3
Loyer	13,34	13,34
Aménagement du logement	4,84	4,84
Chauffage et éclairage	3,55	3,55
Nettoyage de l'habillement et du logement	0,92	0,7
Santé et soins personnels	6,11	3,3
Instruction et loisirs	13,01	8
Voyages d'affaires	0,26	—
Transports et communications	6,45	4,7
Dépenses de société et dépenses diverses	4,12	2,4
Assurances	13,73	3,7
Impôts et taxes	8,04	?
	100	58,63 + impôts et taxes

Pour maintenir le même niveau de vie, la veuve doit obtenir le 58,63% du salaire de son mari, montant auquel il faut ajouter ses impôts et ses taxes.

La pratique actuelle aurait accordé à la veuve le 40% du revenu de son mari. L'écart est donc considérable!

Exemple 2¹⁴³

Nous admettons par hypothèse que le revenu du mari est de 66000 francs. Ce chiffre n'est pas représentatif de la moyenne des revenus en Suisse. Nous avons néanmoins dû l'adopter, car c'est la moyenne fournie par l'enquête de

¹⁴² Les chiffres de l'OFIAMT (Vie économique 1977, p. 513–514) valent pour une classe de revenus allant de 24000 à 35999 francs. Ils correspondent à une moyenne de 2,59 personnes par ménage et à 1,81 unité de consommation. Or, «dans l'échelle employée pour déterminer le nombre des unités de consommation, le maximum s'établit à 1,0 pour l'homme de 19 ans et 0,8 pour la femme du même âge. Les enfants entrent dans le calcul à raison de fractions correspondant à leur âge». On peut donc considérer que ces chiffres valent aussi pour un couple marié, sans enfant, dont les conjoints ont environ 20 ans: le pourcentage d'erreur est minime, l'OFIAMT nous l'a confirmé.

Nos appréciations sont basées sur les positions détaillées de chaque dépense.

¹⁴³ Les chiffres de l'OFIAMT sont tirés de la Vie économique 1977, p. 515–516. Nos appréciations sont basées sur les positions détaillées de chaque dépense.

l'OFIAMT et portant sur 111 ménages, pour les ménages de deux personnes. Relevons que dans l'enquête de l'OFIAMT, le conjoint exerce également une activité lucrative: les revenus du mari *et* de la femme représentent 66 000 francs, contrairement à notre hypothèse.

Le total des dépenses du ménage est de 55 129 francs.

Dépenses du ménage	Données OFIAMT (avant le décès): mari et femme	Nos appréciations après le décès: veuve
Alimentation	10,11	5,5
Boissons et tabacs	2,78	1,8
Habillement	4,57	2,52
Effets personnels	0,75	0,45
Loyer	11,71	11,71
Aménagement du logement	5,61	5,61
Chauffage et éclairage	2,52	2,52
Nettoyage de l'habillement et du logement	0,48	0,3
Santé et soins personnels	4,21	2,4
Instruction et loisirs	13,08	7,9
Voyages d'affaires	0,41	—
Transports et communications	10,03	7
Dépenses de société et dépenses diverses	4,22	2,2
Assurances	13,83	2,8
Impôts et taxes	15,68	?
	100	52,71
		+ impôts et taxes

Pour maintenir le même niveau de vie, la veuve doit dépenser le 52,71% du total des dépenses du ménage, montant auquel il faut ajouter ses impôts et taxes.

Or, le total des dépenses du ménage (55 129 francs) représente le 83,53% du revenu du mari (66 000 francs).

Ainsi, pour maintenir le même niveau de vie, la veuve doit obtenir le 44% du salaire de son mari (le 83,53% de 52,71), montant auquel il faut ajouter ses impôts et taxes.

La pratique actuelle aurait accordé à la veuve le 30 ou le 35% du revenu de son mari.

3. *Dommage subi par la femme qui exerce une activité lucrative.* En règle générale, la femme qui tire de son travail un revenu suffisant à son entretien et au maintien de son niveau de vie ne subit pas de perte de soutien immédiate à la suite du décès de son mari. Elle subit une perte de soutien différée si elle avait

assumé une activité lucrative pour une durée limitée, par exemple la durée des études de son mari.

Si on applique la méthode de calcul que nous proposons, la perte de soutien d'une femme qui exerce une activité lucrative est égale à :

ses dépenses (frais fixes + frais variables) – son revenu.

Si son revenu est supérieur à ses dépenses (frais fixes et frais variables), elle ne subit pas de dommage.

Une méthode de calcul légèrement différente est employée en Allemagne¹⁴⁴ et par M. STEIN¹⁴⁵, qui l'applique toutefois au système des parts.

Exemple 3

Ménage de deux personnes sans enfant. Gain du mari : 46 000 francs ; gain de la femme : 20 000 francs. Le total des dépenses du ménage, 55 129 francs, se décompose comme dans l'exemple 2. Or, nous avons vu que la veuve devait avoir le 52,71% de 55 129 francs, auquel s'ajoutaient les impôts et les charges. La veuve qui a un revenu de 20 000 francs subit donc une perte de soutien annuelle de

$$52,71 \cdot 55\,129 - 20\,000 = 29\,058 - 20\,000 = \underline{9\,058 \text{ francs.}}$$

100

Quand la mère participe financièrement à l'entretien de la famille, par exemple à l'aide de son revenu ou en mettant à disposition de la famille un appartement, les prétentions des enfants envers le responsable se limitent à la part d'entretien qu'ils recevaient du père.

§ 21 Evolution probable des parts

La part du revenu étant fixée (§§ 18 et 19), il faut se demander si certains faits peuvent survenir qui la modifient et évaluer leur éventuelle influence. Ainsi, l'entretien fourni à un enfant peut augmenter avec les frais de sa formation¹⁴⁶

¹⁴⁴ Cf. notamment STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 n. 82.

¹⁴⁵ RSJ 67 (1971), p. 49 (53).

¹⁴⁶ Cf. par exemple l'ATF 55 II 146, passage publié in JT 1929 I 613 (615) où le Tribunal fédéral a confirmé la décision cantonale qui indemnisait sous forme de rente les deux enfants de la victime de la façon suivante :

fr. 600.- : 1 an à 6 ans révolus ;

fr. 800.- : 6 ans à 12 ans révolus ;

fr. 1000.- : 13 ans à 18 ans révolus.

D'utiles renseignements seront trouvés dans la jurisprudence relative aux pensions alimentaires versées aux enfants en cas de divorce.

OFTINGER (§ 6 IV D e α Kasuistik [p. 239]) et STAUFFER/SCHAETZLE (§ 9 ch. 4b) partagent l'avis que nous exposons dans le texte.

ou lorsqu'un frère plus âgé acquiert son indépendance financière¹⁴⁷. L'entretien fourni à la femme augmente en général à mesure que les enfants deviennent indépendants sur le plan financier¹⁴⁸. Un accroissement de revenus se répercute souvent sur l'entretien fourni à la femme et aux enfants. De même, le décès d'un ayant droit peut toucher les prestations des autres¹⁴⁹; parfois, la part devenue disponible n'eût profité qu'au soutien¹⁵⁰. Un entretien total peut remplacer un entretien partiel: la femme qui subvenait en partie à son entretien n'aurait été que plus tard entièrement à la charge de son mari¹⁵¹.

L'entretien diminue lorsque le soutien n'aurait plus subvenu dans la même mesure à l'entretien des personnes soutenues (par exemple fils soutien qui fonde sa propre famille (en général dans ce cas sa capacité de soutien diminue, si elle ne disparaît pas), ou personne soutenue dont le besoin de soutien diminue). Le cas de la cessation d'entretien sera traité dans le chapitre 10, durée de l'entretien.

En cas d'augmentation de l'entretien, le Tribunal fédéral majore d'un certain pourcentage la part de base, ou distribue le montant devenu disponible¹⁵². MM. STAUFFER et SCHAEZLE emploient le tableau qu'ils ont proposé pour déterminer les parts en pour-cent du revenu du soutien¹⁵³.

A notre avis, il faudrait plutôt connaître *l'influence que ces faits* (modification

¹⁴⁷ ATF 66 II 175 (179): La totalité de la part de la sœur devenue majeure bénéficie à son frère. En principe, elle bénéficie également à la mère.

¹⁴⁸ ATF 29 II 225 (238-239); 31 II 623 (631), JT 1906 I 258 (266-267); 33 II 278 (283-284); 34 II 193 (196-197); 36 II 89 (97). ATF 72 II 214, passage publié in JT 1946 I 486 (487); TF à Rep. 1953, p. 78 (83); 90 II 79 (85) où le Tribunal fédéral condamne le fait que la Cour cantonale avait omis de prendre en considération que la cessation progressive du soutien de l'un des enfants aurait accru la part des autres; 101 II 346 (353). Cf. toutefois l'ATF 56 II 116 (126), JT 1930 I 523 (531): le fait que la part de 24% allouée à la veuve, mère de 5 enfants à charge, aurait augmenté à mesure que les enfants seraient devenus indépendants, n'a pas été pris en considération.

¹⁴⁹ Exemple: ATF 25 II 763 (770): décès de la mère avant le jugement cantonal. Le juge peut, en tout état de cause, prévoir l'éventualité d'un décès. «A plus forte raison, doit-il en tenir compte alors que, comme c'est le cas ici, il s'est déjà réalisé en cours de procès.»

TF à JT 1910 I 119 (122-123).

Cf. toutefois, l'ATF 66 II 175 (179): mère soutien de son mari et de deux enfants, dont l'un serait très vite devenu indépendant. Le mari est décédé 11 mois après elle. Si la mère n'était pas décédée accidentellement, elle aurait dû, à la suite du décès de son mari, assumer seule l'entretien de son fils à charge et suppléer, en partie au moins, aux prestations du père. Cela aurait entraîné une augmentation des prestations d'entretien qu'elle aurait fournies à son enfant. On aurait dû tenir compte de ce fait et calculer:

1. la perte de soutien du mari et de l'enfant, jusqu'au décès du mari;
2. la perte de soutien de l'enfant dès ce moment-là (soutien accru de sa mère).

Le Tribunal fédéral n'a pas tenu compte des conséquences qu'aurait entraînées le décès du père. Cf. également, au sujet de cet arrêt, la remarque de Thilo, in JT 1941 I 472-473 allant dans le même sens que la nôtre.

¹⁵⁰ OFTINGER, § 6 IV D e α (p. 239).

TF à JT 1908 I 329 (335): en l'espèce, il n'y avait pas lieu de présumer qu'au fur et à mesure que la victime aurait été déchargée de l'entretien de ses enfants, elle aurait consacré une somme plus forte à l'entretien de sa femme.

¹⁵¹ ATF 99 II 207 (209).

¹⁵² Exemple: ATF 101 II 346 (353): majoration de la part de base.

¹⁵³ § 45 ch. 3.

du revenu du soutien, part d'entretien devenue disponible) *exercent sur le montant des frais, fixes et variables, du ménage*. En général, une modification des prestations d'entretien affecte surtout les frais variables. Quand le conjoint survivant décède avant l'arrêt de la dernière juridiction cantonale, il dépendra de la solution adoptée pour l'avenir des enfants, que la totalité ou une partie seulement des frais fixes leur soit allouée. (Exemple: une tante célibataire s'occupe d'eux en venant habiter dans leur appartement; le responsable peut devoir supporter les frais d'un placement des enfants dans un internat; la part des enfants aux frais variables peut augmenter).

S'il y a plusieurs personnes soutenues, deux possibilités se présentent lors de la modification de la prestation d'entretien octroyée à l'une d'elle: soit les diverses prestations sont *indépendantes* et les modifications survenant chez les uns n'influencent pas les parts des autres; soit les diverses prestations sont *interdépendantes*, ce qui est généralement le cas dans une famille, et toute modification dans les prestations d'entretien à une personne se répercute sur celles fournies aux autres. Dans certains arrêts, la part devenue disponible à la suite de l'indépendance d'un enfant, n'a profité qu'à la mère et au soutien¹⁵⁴. Dans d'autres, et cela nous paraît plus juste au vu des circonstances, elle a profité également aux frères et sœurs encore à charge¹⁵⁵.

§ 22 Devoir de la veuve de diminuer le dommage¹⁵⁶

En principe, le lésé doit prendre certaines mesures pour diminuer le dommage. S'il ne le fait pas, il commet une faute concomitante (art. 44 al. 1 CO).

A. En exerçant une activité lucrative.

1. La veuve dépourvue d'activité lucrative doit-elle en commencer une pour diminuer son dommage?

Cela dépend de la présence d'enfants, de l'âge de la veuve, de sa santé, de sa formation professionnelle, de sa capacité de travail, de sa position économique et sociale, du fait d'avoir déjà exercé ou de ne jamais avoir exercé une activité lucrative, etc.

En règle générale, un tel devoir n'incombe pas à une veuve qui a des enfants à

¹⁵⁴ Exemple: ATF 29 II 225 (238–239); 31 II 623 (631), JT 1906 I 258 (266–267); 72 II 214, passage publié in JT 1946 I 486 (487).

¹⁵⁵ Exemple: ATF 33 II 278 (283–284); 101 II 346 (353).

¹⁵⁶ En matière de lésions corporelles, la question se pose de savoir si le lésé peut être obligé de changer de profession ou de subir une opération pour diminuer le dommage. S'il ne le fait pas, commet-il une faute concomitante? A ce sujet, cf. notamment VON TUHR/PETER, I § 14 ch. V; OFTINGER, § 6 III C b β (p. 198) et γ (p. 201 s.).

En Allemagne, le devoir pour la veuve de diminuer le dommage est traité également sous l'angle de sa «Schadensminderungspflicht» (§ 254 BGB). Cf. notamment BGH, Urt. v. 6.4.1976, NJW 1976, p. 1501 (1502); STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n° 107 s.

charge, même un seul enfant, s'il est en bas âge¹⁵⁷, ni à celle qui, dépourvue de formation professionnelle, devrait exercer une activité lucrative nettement inférieure à sa position sociale, par exemple femme de ménage ou ouvrière¹⁵⁸. Il n'incombe pas à la veuve d'une cinquantaine d'années qui s'est occupée exclusivement de l'éducation de ses enfants, voire qui n'a tout simplement pas exercé d'activité pendant son mariage. Il existe en revanche pour une veuve jeune et sans enfant¹⁵⁹. Toutefois, elle ne peut être contrainte de travailler à plein temps, car elle doit encore s'occuper de son ménage (sinon, il lui sera accordé une aide ménagère à temps partiel). Il faut faire preuve de retenue en imposant ce devoir, car la veuve a le droit de maintenir le même mode de vie. Le cas échéant, on impute le salaire net que la veuve obtient ou pourrait obtenir.

2. Le cas est différent quand la veuve exerce une activité lucrative du vivant de son mari. Il ne s'agit plus de savoir si elle doit travailler pour diminuer son dommage, mais si elle subit un dommage, donc si elle a une prétention en indemnisation¹⁶⁰. Lorsqu'elle ne voulait travailler que pour une période limitée, jusqu'à la fin des études de son mari par exemple, il faut savoir si on peut exiger d'elle qu'elle continue de travailler après cette période.

3. Quand la veuve commence une activité lucrative après le décès de son mari, une imputation de ses gains n'intervient que si on pouvait s'attendre à ce qu'elle exerce une activité lucrative d'après les principes posés au ch. I¹⁶¹. Sinon, le gain procède de prestations de travail librement voulues et il est comparable aux prestations volontaires qu'elle reçoit d'un tiers¹⁶² et qui ne sont pas imputables¹⁶³. Les mêmes règles valent lorsqu'après le décès de son mari, la veuve continue, sans y être obligée, une activité lucrative qu'elle exerçait de son vivant.

*B. En reprenant le commerce ou l'entreprise de son mari*¹⁶⁴

Les considérations développées sous lettre A valent ici. Les revenus de cette activité ne sont imputables que si on peut exiger de la veuve qu'elle s'y consacre.

¹⁵⁷ ATF 59 II 461 (464), JT 1934 I 402 (405–406) et toute la doctrine.

¹⁵⁸ Cela rejoint la position de la jurisprudence et de la doctrine allemande: cf. notamment STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n. 112; WUSSOW, n° 1137.

¹⁵⁹ FEHR, p. 115 s.; GIRSBERGER, in RSJ 61 (1965), p. 273 (274); STAUFFER SCHAEETZLE, § 9 ch. 1.

En Allemagne: cf. notamment BGH, Urt. v. 6. 4. 1976, NJW 1976, p. 1501 (1502);

STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n° 108 s.

En Autriche: cf. KOZIOI, I, p. 213 et II, p. 129 qui critique la position de l'opinion dominante.

Contra: MARTI, p. 69–70; OFTINGER, § 6 IV D d (p. 236) et n. 399.

¹⁶⁰ ATF 99 II 207 (209): L'épouse qui apportait une contribution à son propre entretien aurait été bientôt entièrement à la charge de son mari.

¹⁶¹ Le même point de vue est admis en Allemagne: cf. notamment STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n° 110.

¹⁶² STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n° 110.

¹⁶³ Cf. infra § 33 A.

¹⁶⁴ Mari reprenant la direction du café géré par sa femme: ATF 82 II 132 (134–135). Il ne subit pas de perte de soutien s'il parvient à la remplacer, sans devoir faire des dépenses supplémentaires.

C. En changeant d'appartement ou en louant une chambre à des tiers

Nous avons vu que la veuve, même sans enfant, ne saurait y être contrainte¹⁶⁵.

D. Cas de la fiancée

Lorsque la fiancée exerçait une activité lors du décès de son fiancé, on peut en principe exiger d'elle qu'elle la continue¹⁶⁶. Dans un arrêt un peu ancien¹⁶⁷, le Tribunal fédéral avait affirmé qu'il «faut tenir compte de ce qu'elle retrouve ou de ce qu'elle conserve... Sa vie comme femme de l'avocat Troillet, aurait été plus large, mais il ne serait pas juste de l'indemniser comme si, par suite du décès de son fiancé, elle était désormais dénuée de toutes ressources». Son dommage égalera donc celui qu'elle aurait subi en tant qu'épouse de la victime, diminué des revenus nets qu'elle obtient ou peut obtenir de son activité lucrative. Demeurent réservés bien entendu certains cas particuliers dus notamment à l'âge avancé ou à la mauvaise santé de la fiancée.

Section II : Les prestations d'entretien provenant d'une pension, de la fortune ou des revenus de celle-ci¹⁶⁸

Nos réflexions relatives au calcul du dommage lorsque les prestations d'entretien proviennent du revenu d'une activité lucrative gardent en principe toute leur valeur.

*Pension*¹⁶⁹. Très important dans la pratique, ce cas concerne tous les fonctionnaires et salariés affiliés à une caisse de pension¹⁷⁰. En règle générale, ces travailleurs touchent un salaire jusqu'à 65 ans, puis une pension et une rente AVS. Il faut alors calculer séparément la perte de soutien jusqu'au moment où le soutien aurait atteint 65 ans, et la perte de soutien ultérieure. La première rente sera capitalisée à l'aide des tables d'activité, la seconde à l'aide des tables de mortalité.

¹⁶⁵ Cf. supra § 20 B 1 a.

Contra : mais à tort, ZR 69 (1970) n° 141, p. 371 (376).

¹⁶⁶ Même avis, FEHR, p. 123 ; STAUFFER/SCHAETZLE, § 12.

¹⁶⁷ ATF 66 II 206 (221).

¹⁶⁸ Dans ce cas on capitalise à l'aide des tables de mortalité : cf. infra § 37 A.

¹⁶⁹ Exemple : ATF 56 II 267 (269), JT 1931 I 41 (44) ; 64 II 429, passage publié in JT 1939 I 110 (112).

¹⁷⁰ Cf. les chiffres cités au § 29 A 1.

Si les prestations d'entretien du soutien au moment de son décès provenaient déjà d'une pension, le montant de celle-ci est connu. Si le soutien était encore en pleine activité au moment du décès, il faut supputer le montant de la pension. Il dépend généralement du montant du salaire au moment de la retraite.

Le plus souvent, les enfants sont déjà élevés quand les prestations d'entretien proviennent de la pension.

Fortune ou revenus de celle-ci. Ce cas est peu fréquent. On tient compte des augmentations ou diminutions possibles de la fortune, des expectatives successorales du défunt. Lorsque la fortune elle-même aurait servi à l'entretien, il faut supputer l'influence des prélèvements successifs, ainsi que la durée des prestations. Le problème des avantages successoraux se pose si la fortune avec laquelle ou avec le revenu de laquelle le soutien aurait fourni l'entretien a passé ensuite par voie successorale à la personne soutenue¹⁷¹.

Dans le régime légal de l'union des biens, on tiendra éventuellement compte des revenus des biens matrimoniaux qui servaient à l'entretien du ménage.

Section III: Les prestations d'entretien provenant exclusivement du travail de la femme dans le ménage

Il s'agit ici de la femme *soutien de son mari*. La femme ne tire pas de revenu de ses tâches traditionnelles de maîtresse de maison et d'éducatrice des enfants. Cette activité représente néanmoins une valeur économique dont la perte cause un dommage au mari et aux enfants¹⁷². Comment l'apprécier¹⁷³?

¹⁷¹ Cf. infra § 33 C.

¹⁷² Cf. supra § 10 A 2 et B 2.

¹⁷³ Cf. notamment GIRSBERGER, in RSJ 61 (1965), p. 273 s., Die Ehefrau als Versorgerin des Ehemannes im Haftpflichtrecht; STAUFFER SCHAETZLE, § 10 ch. 3. En Allemagne, cf. notamment WUSLOW, Die Höhe des Schadensersatzanspruches bei Verletzung oder Tötung einer Hausfrau und Mutter, NJW 1970, p. 1393 s.; STAUDINGER SCHÄFER, ad. § 845 BGB; GIGEL, ch. 8 n° 55 s.; WUSLOW, n° 1118-1119; H. ECKELMANN, Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer Ehefrau, NJW 1971, p. 355.

H. ECKELMANN, Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung einer (berufstätigen) Frau oder Ehefrau wegen Beeinträchtigung oder Ausfalls in der Haushaltsführung und Kinderbetreuung und wegen Ausfalls eines Barbeitrages aus ihrem Einkommen zum Familienunterhalt und Schadensersatz bei Verletzung oder Tötung eines Ehemannes wegen Ausfalls des Barunterhalts und der Mitarbeit im Haushalt (3. verbess. und erweiterte Auflage, 1970, Selbstverlag, 53 Bonn, Landsbergstr. 55).

GÜNTER MAIER, Schadensersatz bei Tötung oder Verletzung der im Haushalt tätigen oder im Beruf oder Geschäft des Mannes mitarbeitenden Ehefrau, Berlin 1976.

BONVICINI, t. II, p. 1057-1058, § 440 et LAGOSTENA BASSI-RUBINI, t. II, p. 104 s., § 171 s. et les renvois que ces deux auteurs font dans leurs notes, notamment à V. GAZZERO, Considerazioni sul danno alla persona nella casalinga e nel vecchio, comunicazione al Convegno su Valutazione del danno alla persona, Como, 30 juin au 2 juillet 1967, in Atti stesso, Milan 1968, p. 102 s.

En matière de perte de soutien, nous pouvons dire d'une façon générale qu'en Suisse la valeur du travail de l'épouse et mère au foyer est (nettement) sousestimée.

§ 23 Estimation de la valeur de l'activité de la femme dans le ménage

En principe, on se réfère au coût des services de la personne que l'on devrait engager pour remplacer au mieux la défunte¹⁷⁴. Le genre d'activité déployée par la femme déterminera quelle personne la remplacera : femme de ménage ou gouvernante¹⁷⁵ (à temps partiel ou complet). Le salaire de la remplaçante dépend du marché de l'emploi local. C'est pourquoi les chiffres tirés de la jurisprudence n'ont qu'une valeur relative, d'autant plus que le prix des services a connu des hausses considérables ces dernières années¹⁷⁶.

Toutefois – certains semblant l'oublier –¹⁷⁷, la perte de soutien due au décès de l'épouse et mère n'est pas purement et simplement égale au salaire de la remplaçante. Ce salaire ne constitue qu'un indice, car souvent, «il s'en faut de beaucoup que cette dépense compense toute l'activité déployée par l'épouse pour son mari et ses enfants»¹⁷⁸. La femme de ménage n'a pas le même intérêt que l'épouse et mère à la prospérité de la famille et «l'expérience prouve qu'elle ne tire pas des moyens disponibles tout ce qu'une épouse peut en tirer»¹⁷⁹. De plus, souvent elle ne s'occupe pas de l'éducation et de l'instruction des enfants¹⁸⁰.

Il est difficile d'apprécier le temps que la femme consacre à ses travaux ménagers, à l'éducation de ses enfants, aux réceptions offertes par son mari et à celles auxquelles il doit assister. Cette activité connaît des baisses d'intensité ou des pauses dans la journée. L'estimation dépend évidemment des données du cas particulier, telle la grandeur de l'appartement, le nombre, l'âge, la santé, les besoins des enfants, la situation financière et la position sociale de la famille, la

¹⁷⁴ Cf. notamment OFTINGER, § 6 IV D b (p. 232) n. 365; STAUFFER/SCHAETZLE, § 10 ch. 3 a.

ATF 101 II 257 (260–261); 102 II 90 (92), JT 1977 I 443.

¹⁷⁵ Ce terme sert à indiquer que les qualifications de la remplaçante dépassent celles de la femme de ménage.

On remplacera la victime par une gouvernante, notamment lorsqu'elle s'occupait de l'éducation et de l'instruction de ses enfants. ATF 101 II 257 (261): aide-ménagère à temps partiel et gouvernante; 102 II 90 (92), JT 1977 I 443 femme de ménage.

¹⁷⁶ Le Tribunal fédéral constate aussi implicitement que les salaires à payer pour les services ont bien augmenté aujourd'hui: ATF 102 II 90 (94), JT 1977 I 443 (444).

En 1960, le TC cantonal valaisan avait fixé à 3500 francs par an la valeur du travail de la femme qui tenait (uniquement) le ménage pour elle-même et son mari. En 1966, constatant que les salaires de femmes de ménage avaient beaucoup augmenté dans l'entre-temps, il l'a fixée à 6000 francs par an (RVJ 1967, p. 267 = JT 1968 I 470 n° 78). Il serait toutefois faux de généraliser ce montant, comme semble le faire le TC valaisan; même avis STAUFFER/SCHAETZLE, § 10 d 3 b.

RUSCONI (TCS n° 6, p. 61) note que, selon les normes proposées par le «contrat de travail pour la profession d'aide familiale en Suisse romande» (Genève 1974), il est prévu, pour le travail de l'aide-familiale «jeune femme qui remplace momentanément la mère et épouse lors d'une naissance, en cas de maladie, d'accident, convalescence etc. ... un travail de 40 heures par semaine, avec congés réguliers et assurances sociales, pour une rémunération de 1667 francs par mois».

¹⁷⁷ Cf. par exemple ATF 102 II 90, JT 1977 I 443.

¹⁷⁸ ATF 66 II 165, passage publié in JT 1941 I 143 (153).

¹⁷⁹ ATF 66 II 165, passage publié in JT 1941 I 143 (153); 82 II 36 (40).

¹⁸⁰ Pour RUSCONI (TCS n° 6, p. 61) la valeur économique de l'activité d'une épouse et mère n'est pas inférieure à 1500–1700 francs par mois, compte tenu d'une activité hebdomadaire de plus de 40 heures et de responsabilités supérieures à celles d'une aide familiale.

profession du mari (dépendante, indépendante), l'instruction, le caractère, les capacités, le dévouement, la santé de la femme, la présence d'aide telle une femme de ménage, etc. En Allemagne, selon deux rapports de la «Bundesforschungsanstalt für Hauswirtschaft»¹⁸¹, la durée moyenne du travail d'une femme occupée exclusivement à un ménage de 4 à 5 personnes s'élève à 70 heures par semaine¹⁸². Ce chiffre ne constitue qu'un indice. M. Wussow fait remarquer que la durée du travail peut être plus courte si la femme dispose d'appareils ménagers qui lui facilitent la tâche et lui économisent du temps, ou dans un ménage sans enfant ou avec un enfant. Les heures d'activité de la femme au foyer ne sont pas tout à fait comparables à celles d'une femme de ménage, car la maîtresse de maison jouit de temps libre pendant la journée¹⁸³.

En 1977, la valeur économique de l'activité de la femme dans le ménage a été évaluée en Suisse, pour la première fois semble-t-il, grâce à une étude de ANNA REGULA BRÜNGGER, *Die Bewertung des Arbeitsplatzes in privaten Haushalten*, éditeur Fondation pour l'étude du travail féminin et Alliance des sociétés féminines suisses. Toutefois les résultats de cette étude ne sauraient être extrapolés pour être appliqués à chaque ménage suisse, car faute de temps et d'argent, seuls 7 ménages types ont été pris en considération. Il s'agissait d'une femme célibataire, d'un jeune ménage sans enfants, d'une famille avec un petit enfant, d'une famille avec 2 enfants plus âgés, d'une famille avec des adolescents, d'un ménage déjà âgé sans enfants, d'une veuve. Ces ménages types ont été analysés avec une assez grande précision et les résultats obtenus ont été pondérés en fonction de la difficulté de la tâche à accomplir et des caractéristiques du ménage envisagé. Selon cette étude la durée hebdomadaire du travail varie entre 20 et 70 heures. Les salaires des ménagères types varient entre 9 fr. 97 et 10 fr. 99 de l'heure. Même si ces salaires paraissent sous-évalués par rapport à ceux des femmes de ménage privées qui peuvent, selon les endroits, exiger un salaire horaire de 12 à 15 francs, ils représentent néanmoins, pour une maîtresse de maison travaillant 40 heures par semaine, un minimum de 1600 francs par mois.

Si la valeur du travail de l'épouse et mère est supérieure à celle d'une remplaçante comparable engagée à plein temps, *le dommage sera supérieur au salaire de celle-ci*.

¹⁸¹ Rapport du 1.6.1965, cité par Wussow, NJW 1970, p. 1393 (1394); rapport du 27.7.1967 concernant un ménage urbain de 4 personnes, extrait publié par ECKELMANN, cité n. 173, annexe n° 8:

4 personnes: 70 heures par semaine;

3 personnes: 63 heures par semaine;

2 personnes: 47 heures par semaine.

Dès que le mari est en pension 44-40 heures par semaine.

Le rapport du 1.6.1965 est reproduit par ECKELMANN, annexe n° 7. Wussow donne à n. 16, p. 1394, d'autres références encore pour ce rapport.

¹⁸² RUSCONI (TCS n° 6, p. 61) admet que la durée du travail de l'épouse et mère dans le ménage dépasse en général largement les 40 heures par semaine.

¹⁸³ NJW 1970, p. 1393 (1394).

ECKELMANN (NJW 1971, p. 355 [358]) pense au contraire qu'on a déjà tenu compte de ce facteur pour arrêter la durée des activités ménagères à 70 heures, soit environ 10 heures par jour. La femme se lève à 6 heures pour ne terminer sa tâche qu'à 22 heures, soit environ 16 heures par jour.

Dans une famille nombreuse et modeste, l'activité de l'épouse et mère peut parfois être comparée à celle d'une remplaçante et demi, voire deux remplaçantes engagées à plein temps (soit environ 40 heures par semaine).

En règle générale, la *durée du travail* de la femme au foyer (et donc la valeur de ses prestations) diminue à mesure que les enfants deviennent indépendants¹⁸⁴, mais non proportionnellement. En revanche, elle ne diminue pas forcément avec son âge. La *valeur du travail* de la femme diminue à mesure que l'on monte dans l'échelle sociale et que décroît le nombre d'enfants.

Le mari peut avoir besoin d'une employée de maison à temps complet pour remplacer le travail de son épouse, après que le dernier enfant a été élevé¹⁸⁵.

§ 24 Répartition des prestations d'entretien

Les prestations de l'épouse et mère sont réparties entre les différents ayants droit, sans qu'il soit possible d'établir des règles fixes¹⁸⁶. Dans un arrêt récent, les prestations furent réparties en parts égales entre les différents demandeurs, car le recours à des aides rémunérées était dû surtout à la présence d'enfants¹⁸⁷. Dans un arrêt antérieur¹⁸⁸, la part du mari fut des deux-tiers. Selon MM. STAUFFER et SCHAEZLE¹⁸⁹, le père reçoit d'une façon générale moins de la moitié des prestations de la femme lorsque les enfants sont nombreux et davantage dans le cas contraire; les enfants reçoivent en principe des parts égales. Le Tribunal fédéral¹⁹⁰ vient d'affirmer que les prétentions des enfants, limitées dans le temps, ne doivent pas se distinguer de celle du père, uniquement à cause de leur indépendance théorique¹⁹¹, lorsque pratiquement elles se fondent sur la sienne et sont déjà couvertes par l'indemnité qu'il faut lui allouer. Une telle pratique conduirait à accorder plusieurs fois l'indemnisation du même dommage, en cas de prétentions concurrentes (alors que la prestation de la femme n'a été fournie qu'une seule fois), ou à diminuer la prétention du mari. Les deux solutions sont injustes.

Ce dernier arrêt paraît être un cas d'espèce, le Tribunal fédéral tenant compte par ce biais de la perte de soutien que les enfants n'ont pas invoquée. Cet arrêt toutefois ne prend pas en considération les prestations d'entretien que la mère aurait fournies à ses enfants. En effet, d'après l'arrêt, les seuls besoins du mari

¹⁸⁴ Cf. par exemple ATF 101 II 257 (262-263) où la diminution a été considérée comme proportionnelle au nombre des ayants droit.

¹⁸⁵ ATF 102 II 90 (92), JT 1977 I 443: Il habitait dans une vieille maison avec jardin.

¹⁸⁶ ATF 102 II 90 (92), JT 1977 I 443. STAUFFER/SCHAEZLE, § 10 ch. 3 d.

¹⁸⁷ ATF 101 II 257 (262).

¹⁸⁸ ATF 66 II 175 (179).

¹⁸⁹ § 10 ch. 3 d.

¹⁹⁰ ATF 102 II 90 (92), JT 1977 I 443.

¹⁹¹ «Juridique» aurait été plus exact.

nécessitaient déjà la présence d'une employée de maison à temps complet pour remplacer le travail de son épouse. Il s'ensuit logiquement que la domestique ne fournit pas aux enfants l'entretien que leur mère leur aurait fourni. Il aurait alors fallu ajouter au dommage subi par le mari celui enduré par les enfants jusqu'à leur émancipation.

L'innovation du Tribunal fédéral n'est pas heureuse. Les prétentions des divers ayants droit sont juridiquement indépendantes, et non seulement théoriquement, comme le dit l'arrêt. Le dommage doit donc être calculé séparément pour chacun et les indemnités allouées aux divers lésés¹⁹², même s'il y a lieu d'admettre que l'activité de la femme de ménage compense à la fois le dommage subi par le mari *et* les enfants à la suite du décès de l'épouse et mère. En effet, les indemnités fournies aux enfants n'entrent pas dans la succession du père: elles font partie des biens des enfants¹⁹³. Les dépenses faites pour sa femme, désormais évitées par le mari, s'imputent sur les prestations d'entretien qu'elle lui aurait fournies, mais non sur celles fournies aux enfants¹⁹⁴. Le père et les enfants ne sont pas des créanciers solidaires¹⁹⁵: si le remariage du premier peut diminuer, voire supprimer sa prétention¹⁹⁶, il n'exerce aucune influence sur la prétention des seconds¹⁹⁷. Ainsi, les enfants peuvent subir une perte de soutien, alors même que leur père n'en subit pas.

§ 25 Devoir du veuf de diminuer le dommage¹⁹⁸

Peut-on exiger d'un *veuf retraité* et vivant seul qu'il tienne son ménage lui-même, au moins en partie? Le Tribunal fédéral a laissé la question ouverte¹⁹⁹. Il a admis que les filles de la victime peuvent contribuer de façon croissante à la tenue du ménage²⁰⁰.

En principe, on ne devrait pas exiger du veuf retraité qu'il assume, même en partie, les charges du ménage, sauf s'il aidait déjà dans le ménage du vivant de sa femme. Il en va de même pour les filles de la victime, surtout si elles étudient encore.

¹⁹² Le BGH est également de cet avis: Urt. v. 14. 3. 1972, NJW 1972, 1130; Urt. v. 17. 10. 1972, VersR 1973, p. 84 (85).

¹⁹³ ATF 72 II 165 (169), JT 1946 I 616 (620).

¹⁹⁴ Cf. notamment ATF 82 II 36 (40) et *infra* § 26 B.

¹⁹⁵ Cf. *supra* § 17 et n. 200.

¹⁹⁶ Cf. *infra* § 34.

¹⁹⁷ Cf. *supra* § 10 B 1 et *infra* § 34.

¹⁹⁸ Cf. *supra* § 22.

Un cas spécial: le mari remplace sa femme dans la direction du café: ATF 82 II 132 (134–135).

¹⁹⁹ ATF 82 II 36 (41).

²⁰⁰ ATF 101 II 257 (261).

§ 26 Imputation des avantages: les dépenses évitées

A. *Prétentions du mari*. Les dépenses d'entretien que le mari épargne à la suite du décès de sa femme sont à imputer sur la valeur des prestations de l'épouse (damnum cessans)²⁰¹. Le Tribunal fédéral avait affirmé (ATF 82 II 36 [39–40]) que ces prestations réciproques se compensent dans les milieux bourgeois²⁰². Il n'y avait donc plus de perte de soutien. «La situation est évidemment différente dans les milieux modestes» (p. 40). L'arrêt était ainsi rédigé que l'ensemble de la doctrine lui donna une portée générale²⁰³, ce que vient d'infirmer le Tribunal fédéral²⁰⁴ en se référant à MM. STAUFFER et SCHAETZLE (§ 10 ch. 3 b). Cette règle n'est plus déterminante ni pour les milieux dits bourgeois, ni pour les milieux modestes, urbains ou paysans, vu les salaires qu'il faut payer aujourd'hui pour les services²⁰⁵.

B. *Prétentions des enfants*. Dans l'arrêt de 1956 (ATF 82 II 36 [40]), le Tribunal fédéral affirmait également qu'une telle compensation des prestations dans les milieux bourgeois «ne saurait être opposée aux enfants qui ont perdu leur mère (RO 57 II 184; arrêt du 30 octobre 1940 dans la cause Müller-Margot c. Marx-Willer et consorts, consid. 6 b)»²⁰⁶.²⁰⁷ MM. STAUFFER et SCHAETZLE²⁰⁸ critiquent cette jurisprudence: dans ce cas, la mère n'a pas effectivement contribué à l'entretien des enfants qui, par conséquent, ne subissent aucun dommage. Bien que fondée au plan économique, dépenses et prestations se compensant, leur démonstration juridique n'est pas exacte. En effet, elle revient à considérer qu'à la suite du décès de l'épouse et mère, le mari est le seul lésé; ou que la famille possède une prétention unique en réparation du dommage; ou que le père et les enfants sont des créanciers solidaires. Or, il est unanimement admis que chaque ayant droit a une prétention propre, personnelle en réparation de son dommage, même si le père, en tant que détenteur de la puissance parentale, défend les intérêts des enfants. D'où:

- le dommage du mari est égal aux prestations d'entretien que l'épouse lui aurait fournies, dont il faut déduire les dépenses évitées. Lorsque les prestations réciproques se compensent, le mari ne subit pas de perte de soutien;

²⁰¹ ATF 82 II 36 (39–40); 101 II 257 (261); 102 II 90 (94), JT 1977 I 443 (444).

Cf. également OFTINGER, § 6 II B (p. 183) n. 60.

²⁰² FEHR (p. 125) soutenait déjà cette opinion en 1942.

²⁰³ Cf. notamment GIRSBERGER RSJ 61 (1965), p. 273; STAUFFER/SCHAETZLE, § 10 ch. 3 b; OFTINGER, § 6 IV D (p. 232) n. 365.

²⁰⁴ ATF 101 II 257 (262); 102 II 90 (95), JT 1977 I 443 (444).

²⁰⁵ ATF 102 II 90 (94–95), JT 1977 I 443 (444).

²⁰⁶ ATF 66 II 165, passage publié in JT 1941 I 143 (152–153).

²⁰⁷ L'ATF 102 II 90 (92) consacre-t-il un revirement de jurisprudence?

²⁰⁸ § 10 ch. 3 c.

- le dommage de l'enfant est égal aux prestations d'entretien que la mère lui aurait fournies, dont il faut déduire les dépenses évitées qui, en général, se réduisent à néant. Les dépenses que son père évite ne le concernent pas. Dès lors, il peut subir une perte de soutien, lors même que son père n'en subit pas, car les dépenses que ce dernier épargne désormais dépassent la valeur des prestations de son épouse.

§ 27 Calcul du dommage

Généralement, le mari augmente l'entretien qu'il fournit à sa femme lorsque les enfants deviennent indépendants financièrement. Le dommage qu'il subit diminue donc à ce moment-là. Ainsi, il faudrait examiner quelle influence exerce l'indépendance de chaque enfant. Un tel procédé est souvent trop compliqué; c'est pourquoi il faudrait se contenter en règle générale de calculer le dommage pour la période antérieure, puis postérieure à l'indépendance financière du dernier enfant. Le Tribunal fédéral procède parfois à un seul calcul, fondé sur des données moyennes²⁰⁹, toutefois difficiles à fixer.

Montant déterminant pour le calcul. La valeur du travail de la femme mariée étant déterminée (§ 22), il faut en soustraire les dépenses disparues à la suite de son décès pour obtenir le montant déterminant²¹⁰.

Les dépenses épargnées égalent parfois la part (théorique) de la femme au revenu du mari²¹¹. Si la remplaçante est nourrie ou nourrie et logée, le Tribunal fédéral en tient compte: ces frais compensent ceux que le mari aurait dû concéder pour la nourriture et le logement de sa femme²¹².

A notre avis, il faudrait examiner l'influence exercée par le décès de la femme sur les frais, fixes et variables, du ménage.

Pourquoi imputer la part que la femme employait in abstracto dans le budget du ménage (système des parts)? Seules les dépenses qui ont effectivement disparu à son décès dégrèvent le budget des survivants. Les montants à imputer sont alors souvent nettement inférieurs à ceux retenus par le Tribunal fédéral. En effet, le mari épargne réellement les frais de nourriture, d'habillement, de divertissement, de cadeaux, etc.²¹³, mais non ceux de logement qui sont fixes, sauf si on peut exiger de lui qu'il prenne un logement plus exigu. S'il doit nourrir et loger la remplaçante qu'il engage, dans l'appartement ou la maison, il n'épargne pas les frais correspondants. Comme ces frais compensent ceux que le mari aurait eus pour sa femme, il est plus simple de ne pas en tenir compte du tout

²⁰⁹ Ainsi, dans l'ATF 102 II 90 (95), JT 1977 I 443 (444).

²¹⁰ Cf. par exemple: ATF 101 II 257 (261–262); 102 II 90 (94s.), JT 1977 I 443 (444).

²¹¹ Exemple: ATF 101 II 257 (262).

²¹² Cf. les arrêts cités à n. 210.

²¹³ Juste la Cour cantonale in ATF 101 II 257 (261 in fine à 262); ATF 82 II 36 (40).

(c'est-à-dire ni dans l'imputation, ni dans le calcul du salaire de la remplaçante). Si le mari doit louer un studio ou un appartement plus grand pour loger la remplaçante, le responsable doit supporter cette dépense supplémentaire. Les prestations sociales envers la remplaçante sont souvent compensées par les primes d'assurance-maladie et d'autres assurances que le mari ne paie plus pour sa femme.

§ 28 Critiques de l'arrêt ATF 101 II 257

A. Dans cette affaire, le Tribunal fédéral ne «remplace» la victime, épouse et mère de trois enfants, que par des aides à temps partiel, et cela pour trois raisons :

1. Bien qu'il ait déjà reçu 42050 francs de la défenderesse, le père n'a pas pris jusqu'ici de gouvernante ni d'aide permanente.
2. Les deux filles de la victime, en particulier l'aînée, pourront contribuer de façon croissante à la tenue du ménage.
3. On peut admettre dès lors que les demandeurs préfèrent recourir à des aides ménagères, plutôt qu'à une gouvernante engagée à plein temps, «d'autant plus que deux des enfants en tous cas prennent leurs repas de midi à la cantine scolaire» (p. 261).

Ad 1. Le but de la responsabilité civile est de replacer, par une indemnisation en argent, le lésé dans la situation qui aurait été la sienne sans l'accident. Le dommage doit être entièrement réparé. Ce que le lésé fait ensuite avec l'indemnité reçue n'influence pas le calcul du dommage. Aussi, le lésé a-t-il le droit de réduire son train de vie et de placer une partie de l'argent reçu à titre d'indemnité ou renoncer à l'engagement d'une aide: le dommage ne se réduit pas pour autant²¹⁴.

Ad 2. Sur travail des filles dans le ménage, nous avons déjà émis nos réserves (§ 25).

Ad 3. Le Tribunal fédéral aurait dû suivre la Cour cantonale, ce d'autant plus qu'il affirme que «la solution sur laquelle s'est fondée l'autorité cantonale, à savoir l'engagement d'une gouvernante à plein temps, aurait certes pour effet de rétablir, dans la mesure du possible, les conditions de vie antérieures de la famille».

B. La Cour cantonale avait fixé à 1200 francs par mois le salaire d'une gouvernante nourrie, mais non logée. Selon le Tribunal fédéral, même si on retient l'hypothèse d'une gouvernante à plein temps, la Cour a excédé son pouvoir d'appré-

²¹⁴ Même position notamment le BGH: Urt. v. 13. 7. 1971, NJW 1971, p. 2066 (2067); Urt. v. 14. 3. 1972, NJW 1972, p. 1130.

ciation en retenant ce montant. Il y a disproportion manifeste entre le salaire du mari comme chef d'équipe, servant à l'entretien de cinq personnes, et celui presque équivalent de la gouvernante nourrie. A son sens, la rémunération de la gouvernante ne devrait pas dépasser les deux tiers environ du revenu du père de famille.

La question n'est pas là. Il s'agit de connaître la valeur qu'aurait eue l'activité de la femme au foyer. C'est cette perte qui cause le dommage, sous réserve de la déduction des dépenses épargnées. S'il limitait cette valeur aux deux tiers environ de la valeur du travail lucratif du mari, le Tribunal fédéral postulerait l'infériorité de la valeur du travail de la femme au foyer. Ce serait indéfendable, surtout en l'espèce où le mari devait entretenir une famille de cinq personnes avec 1200 francs de revenu.

C. La Cour cantonale avait fixé à 120 francs par mois le montant des dépenses (habillement, divertissement, cadeaux) disparues à la suite du décès de la femme. Le Tribunal fédéral trouve ce montant nettement insuffisant, bien qu'il ne comprenne pas la nourriture et que la famille soit de situation modeste. Rien ne justifie l'ampleur de l'écart entre les frais que le mari aurait eus pour l'entretien de sa femme et «la somme retenue pour la rémunération du travail qu'elle aurait continué d'accomplir sans l'accident» (p. 262). Ayant supputé la part du revenu que le mari consacrait à sa femme à 30%, le Tribunal fédéral estime qu'elle représente les dépenses désormais épargnées et l'a déduite. A notre avis, il faudrait déduire uniquement les dépenses *effectivement* disparues: l'habillement, les divertissements et les cadeaux. Or, il est impossible que ces postes qui ne comprennent ni le logement (frais fixe), ni la nourriture (la gouvernante est également nourrie en sus de son traitement), représentent 400 francs sur un salaire de 1200 francs pour cinq personnes!

Section IV: L'entretien provenant simultanément de diverses formes de prestations

L'entretien se compose exclusivement de prestations en espèces, nature ou travail, ou *simultanément* de plusieurs formes de prestations²¹⁵.

Pratiquement, cet entretien diversifié se rencontre surtout dans le cas de la femme (et mère) soutien. Le montant de sa prestation d'entretien s'obtient alors en cumulant la valeur de son activité au foyer avec celle de ses autres prestations²¹⁶.

²¹⁵ L'origine différente des prestations peut jouer un rôle quant à leur durée, donc à leur capitalisation: cf. infra § 37.

²¹⁶ Outre les arrêts auxquels renvoie la note 217, cf. ATF 66 II 165, passage publié in JT 1941 I 143 (152): la nature du gain accessoire de la femme, tenant le ménage, n'est pas spécifiée.

La femme participe à l'entretien de la famille non seulement en tenant le ménage, mais aussi en y affectant tout ou partie du revenu de son activité lucrative, en aidant le mari dans sa profession ou son commerce, en s'occupant d'un jardin²¹⁷, en mettant à la disposition de sa famille un appartement dont elle est propriétaire²¹⁸, etc. Lorsqu'elle aide (gratuitement)²¹⁹ le mari dans sa profession ou son commerce, la valeur de son travail sera estimée d'après le salaire que le mari devra verser à une remplaçante. Le travail de la femme en dehors du foyer, même à temps complet, ne l'empêche pas toujours de tenir tout le ménage²²⁰. On admettra dans ce cas que le mari prenne une femme de ménage. Du montant total des prestations de la femme, il faut déduire les dépenses du mari qui disparaissent avec le décès²²¹.

Le mari fournit parfois ses prestations d'entretien à l'aide du revenu de son travail et de sa fortune²²².

Chapitre 10: La durée de l'entretien

Pour calculer la perte de soutien, il faut connaître non seulement le montant des prestations d'entretien, mais aussi leur durée. Le dies a quo et le dies ad quem dépendent de la capacité et de la volonté du soutien, du besoin de soutien de la personne soutenue.

§ 29 Perte immédiate

La perte immédiate commence avec le décès du soutien. Quand aurait-elle pris fin? Nous allons examiner les principaux cas.

²¹⁷ Cf. ATF 66 II 175 (178) et les arrêts cités § 10 A 2 n. 70–73.

²¹⁸ Si le mari et/ou les enfants héritent de l'appartement, le fait qu'ils n'ont pas de loyer à payer compense la valeur du loyer de l'appartement que l'épouse et mère mettait à disposition de la famille.

ZR 69 (1970), n° 141 p. 371 (376–377).

Sur la question de l'imputation de la valeur de l'appartement, cf. infra, § 33 C.

²¹⁹ Si l'épouse est rémunérée pour son travail et qu'elle garde pour elle tout le salaire qu'elle touche, son travail ne constitue pas une prestation d'entretien.

²²⁰ Exemple in RSJB 80 (1944), p. 329: la femme tenait seule le ménage, un jardin, une épicerie et travaillait parfois comme serveuse.

ZR 71 (1972), n° 72 p. 218 (224–225): la femme tenait tout le ménage et travaillait à temps complet dans la laiterie de son mari.

ATF 60 II 325, passage publié in JT 1935 I 98 (101): la femme travaillait à temps complet, mais les enfants vivaient surtout chez les grands-parents.

²²¹ Cf. supra § 26 A.

Il nous paraît douteux, dans l'arrêt ZR 71 (1972), n° 72 p. 218 (224–225) que les dépenses épargnées par le mari (nourriture, habillement, cadeaux, ...) compensaient intégralement les 800 francs de frais dus à l'engagement d'une aide ménagère, comme l'estimait le demandeur.

²²² Exemple: ATF 66 II 206 (219–220).

A. Prestations d'entretien fournies jusqu'à la fin de l'activité du soutien

1. Lorsque le soutien fournit ses prestations d'entretien à l'aide des revenus de son activité lucrative – c'est en principe le cas du mari qui soutient sa femme –, la durée de l'entretien prend fin avec l'activité lucrative. Fréquemment toutefois, le soutien aurait continué l'entretien à l'aide de prestations provenant d'une pension de retraite (cf. *infra* litt. B).

La jurisprudence a connu au sujet de la fin des prestations toute une évolution²²³. Autrefois, le Tribunal fédéral²²⁴ calculait le dommage en fonction de la probabilité de vie de la victime, déterminée d'après les tables de longévité (mortalité) de M. PICCARD²²⁵. Il ne tenait compte de sa durée probable d'activité que si des éléments concrets permettaient de l'estimer. Dans les autres cas, il refusait d'opérer des réductions schématisées tant qu'on ne disposerait pas, en Suisse, de tables de probabilités sérieuses sur la durée de l'activité des individus.

En 1948, MM. STAUFFER et SCHAETZLE publièrent des «Barwerttafeln für das Schadenersatzrecht» basées sur des tables d'activité fondées sur des statistiques suédoises anciennes (1920–1925). Consulté par le Tribunal fédéral, le Bureau fédéral de statistiques répondit que, faute de statistiques suisses, il était impossible, du moins pour le moment, de juger si les tables de MM. STAUFFER et SCHAETZLE correspondaient à la durée moyenne de la vie professionnelle en Suisse. Aussi, le Tribunal fédéral décida de prendre la moyenne entre les chiffres fournis par les tables de longévité et ceux qui ressortaient des tables d'activité²²⁶.

En 1958, MM. STAUFFER et SCHAETZLE ont publié de nouvelles tables d'activité, utilisant notamment les travaux préparatoires de l'assurance invalidité fédérale. Après avoir pris l'avis d'experts, le Tribunal fédéral²²⁷ les adopta, abandonnant définitivement celles de M. PICCARD. Il se réserva toutefois leur correction ou leur abandon dès que d'autres sources de renseignements permettraient de calculer plus sûrement les risques d'invalidité.

En 1970, MM. STAUFFER et SCHAETZLE ont publié une troisième édition de leurs tables de capitalisation²²⁸. Elle tient compte des expériences faites par l'as-

²²³ ATF 95 II 582 (587–588).

Pour un historique plus complet, cf. R. SECRÉTAN, note sur l'arrêt Hirschberg c. Blanc et consorts, JT 1960 I 335s., et STAUFFER/SCHAETZLE (3^e éd., § 30s.).

²²⁴ ATF 55 II 146 (147), JT 1929 I 613 (621); 60 II 38 (47), JT 1934 I 296 (297s.); 61 II 130 (132); 65 II 234, JT 1940 I 176 (178).

²²⁵ «Lebenserwartungs-, Barwert- und Rententafeln», 6^e édition intitulée «Kapitalisierung von periodischen Leistungen», écrite avec la collaboration de R. PICCARD et O. W. SPRING, Berne 1956; traduction française, Berne 1957: Capitalisation de prestations périodiques.

²²⁶ 81 II 38 (42s.).

²²⁷ 86 II 7s.

²²⁸ «Barwerttafeln», Zurich 1970; traduction française par R. BREHM, 1972: Tables de capitalisation. Les auteurs ont prévu des tables avec un taux de capitalisation de 3 ½% et 4%. La 2^e édition ne comprenait pas de tables de capitalisation de 4%.

surance invalidité (statistiques des rentes) de 1962 à 1965²²⁹. Ce sont ces tables que l'on emploie aujourd'hui²³⁰. Leur importance pratique est considérable²³¹. Selon MM. STAUFFER et SCHAEZLE, il n'est pas possible d'aller plus loin et d'établir des tables d'activité pour les différentes professions²³².

Pour les personnes affiliées à une institution de prévoyance, l'activité prend fin à l'âge de la retraite, donc à un moment connu. Ces personnes représentent une partie importante de la population active: 1 382 369 sur 2 995 777 personnes occupées en Suisse en 1970, 1 534 000 sur 2 710 387 personnes actives en 1975²³³.

2. Le soutien n'aurait pas fourni ses prestations pour une durée plus longue que la durée de vie de l'ayant droit. On capitalisera donc une rente (correspondant au montant de la perte annuelle) sur deux têtes (cf. infra § 37 B). Lorsque l'activité prend fin à l'âge de la retraite, on capitalise une rente (sur deux têtes) temporaire. MM. STAUFFER et SCHAEZLE ont prévu expressément une table pour une fin d'activité qui se situe à 65 ans²³⁴.

Lorsque, exceptionnellement, la durée de la capacité de travail se confond avec l'espérance de vie, on s'appuiera non plus sur les tables d'activité, mais celles de mortalité²³⁵. Ce fut le cas, par exemple, dans un arrêt où la victime, un juge tessinois malade du cœur, avait sans l'accident une espérance de vie de cinq ans²³⁶.

B. Prestations d'entretien fournies jusqu'au décès du soutien

1. Si le soutien fournit ses prestations à l'aide de sa fortune, du revenu de sa fortune ou de sa pension, la durée de l'entretien ne dépend plus de la durée de son activité, mais de la durée probable de sa vie. C'est également le cas si la durée de l'activité du soutien se confond avec sa durée probable de vie²³⁷. Depuis 1960, le Tribunal fédéral applique les tables de mortalité de MM. STAUFFER et

²²⁹ STAUFFER/SCHAEZLE, § 35 ch. 3.

²³⁰ Cf. notamment ATF 97 II 123 (132s.); 101 II 257 (260s.); 102 II 90 (95s.), JT 1977 I 443 (445).

²³¹ Tous les auteurs en conviennent, même ceux qui émettent quelques critiques à leur sujet, par exemple OSWALD KUMMERLI, RSA 38 (1970-1971), p. 361 et STEIN, SZS 16 (1972), p. 144 (145).

²³² § 36.

²³³ Pour 1970, le nombre de personnes affiliées à une caisse de pensions est tiré d'une enquête sur la prévoyance professionnelle en cas de vieillesse et d'invalidité ainsi qu'en faveur des survivants (statistique des caisses de pensions pour 1970) menée par le Bureau fédéral de statistique et publiée notamment dans la Vie économique 1972, p. 448; pour 1975, de la Vie économique 1977, p. 228.

Les chiffres donnant l'ensemble de la population active pour 1970, de l'Annuaire statistique de la Suisse, 1976, p. 32; pour 1975, du même Annuaire, 1977, p. 139.

²³⁴ Table 26 (taux de l'intérêt de capitalisation, 3 ½%), table 46 (4%).

²³⁵ STAUFFER/SCHAEZLE, § 49 ch. 1 c.

²³⁶ TF à Rep. 1966, p. 30 (38-39). CHÂTELAIN fait également allusion à cet arrêt in RSJB 105 (1969), p. 209 (218).

²³⁷ Cf., à titre d'exemple, l'arrêt cité à n. 236.

SCHAETZLE²³⁸. Contrairement à celles de M. PICCARD précédemment appliquées, elles tiennent compte du fait que la longévité a tendance à augmenter et déterminent par extrapolation la durée future moyenne de vie. Selon MM. STAUFFER et SCHAETZLE, il n'est pas possible d'établir des tables de mortalité pour les différentes professions²³⁹.

2. Le soutien n'aurait pas fourni ses prestations pour une durée plus longue que la durée de vie de l'ayant droit. On capitalisera donc une rente sur deux têtes (cf. infra § 37 B).

C. Peut-on s'écarter des données des tables?

Les tables sont établies sur la base de statistiques. Leur emploi pose une question de principe: peut-on s'écarter, dans un cas particulier, de leurs valeurs? Les circonstances particulières de l'espèce ont le pas sur les valeurs moyennes fournies par les tables lorsqu'elles permettent mieux que ces dernières «d'estimer la durée probable qu'aurait eue le gain ou l'assistance»²⁴⁰. Ces circonstances sont, par exemple: une durée de capacité de travail du soutien nettement inférieure à la moyenne ou, au contraire, particulièrement longue²⁴¹; une espérance de vie réduite du soutien ou de la personne soutenue qui souffre d'une santé très précaire ou d'une maladie incurable²⁴²; une durée du besoin de soutien plus courte

²³⁸ ATF 86 II 154 (155); 89 II 23 (24).

CHÂTELAÏN affirme par erreur (RSJB 105 [1969], p. 209 [218]) que le Tribunal fédéral a abandonné les tables de PICCARD dans TF à Rep. 1966, p. 30. En réalité, il l'avait déjà fait in ATF 86 II 154 (155).

²³⁹ § 36.

²⁴⁰ ATF 86 II 7 (13); 81 II 38 (46); TF à Rep. 1966, p. 30 (37); 99 II 207 (213).

Cf. précédemment pour les tables de mortalité: ATF 57 II 292 (299), JT 1932 I 110 (118); 77 II 40 (42).

²⁴¹ STAUFFER/SCHAETZLE, § 34.

²⁴² ATF 57 II 292 (299 s.), JT 1932 I 110 (117 s.); 66 II 165 (174), JT 1941 I 143 (151); 86 II 7 (13); TF à Rep. 1966, p. 30 (39); 99 II 207 (213).

Le problème de l'espérance de vie réduite touche celui des *prédispositions constitutionnelles* (cf. également infra chap. 14 B 2, causes de réduction de l'indemnité). A ce sujet, cf. ATF 66 II 165 (173), JT 1941 I 143 (151); 80 II 348 (353–354), JT 1955 I 439 (440).

MARTI, p. 119–120; GIOVANNONI, RSJB 98 (1962), p. 249 s. (274 s.); RUSCONI, RDS 82 (1963), I, 337 s. (354 s.); CHÂTELAÏN, RSJB 105 (1969), p. 209 (218); STAUFFER SCHAETZLE, § 21; OFTINGER, Jurisprudence du Tribunal fédéral sur la partie générale du Code des obligations, traduit de l'allemand par R. JEANPRÊTRE, Zurich 1970, n° 97, p. 253; OFTINGER, § 3 IV D (p. 102).

Le juge peut ordonner une expertise médicale (exemple ATF 99 II 207 [213]) et s'il le fait, il doit se prononcer sur les conclusions de l'expert. Il n'est pas obligé d'en ordonner une s'il n'a pas de doute sur la durée de vie probable de la personne soutenue. Ainsi, dans l'ATF 92 II 39 (42), JT 1966 I 446 (447), on constate que la Cour cantonale a refusé d'ordonner une expertise médicale tendant à déterminer la durée probable de vie d'un paralytique car, sur la base de l'expérience générale de la vie, rien ne lui permettait de conclure à un décès prématuré. Le juge qui, par une appréciation anticipée, refuse l'administration des preuves ne viole pas l'art. 8 CC.

Le juge n'est pas lié par l'expertise médicale qu'il apprécie librement (art. 42 al. 2 CO). Il ne peut toutefois s'immiscer dans les questions purement médicales et doit motiver sa position s'il s'écarte des données de l'expertise: cf. notamment STAUFFER SCHAETZLE, § 4 ch. 1; OFTINGER, § 6 III C b β (p. 195–196) et ses renvois aux notes 124, 132 et 133.

que la normale; le décès de la personne soutenue pendant le procès²⁴³; le mariage probable de l'enfant soutien; la profession du soutien qui peut faire présumer une durée de capacité de travail plus longue; un divorce très vraisemblable. Mais comme l'emploi des tables donne à la jurisprudence une uniformité et sûreté certaines, il ne faut y déroger qu'à des conditions strictement définies²⁴⁴. *L'emploi des tables est donc la règle: elles sont l'instrument de travail le moins mauvais.*

Lorsque des circonstances particulières permettent de fixer la durée des prestations d'entretien, on n'applique pas «la méthode abstraite de calcul ou on en rectifiera le résultat»²⁴⁵. Il faut faire preuve de retenue, car ces *anomalies* sont déjà prises en considération dans les statistiques sur lesquelles se fondent les tables²⁴⁶. En cas de pronostic de vie favorable, M. OFTINGER préfère opérer une réduction globale sur le montant du dommage calculé au moyen des tables²⁴⁷. MM. STAUFFER et SCHAETZLE au contraire capitalisent la rente sur une durée réduite²⁴⁸. La jurisprudence applique les deux méthodes²⁴⁹. A notre avis, le choix de la méthode dépend du cas particulier. Chaque fois qu'il est possible de fixer avec ou sans l'aide d'un expert la durée de vie réduite du soutien, il faut suivre la méthode proposée par MM. STAUFFER et SCHAETZLE. Lorsque l'espérance de vie réduite du soutien est due à l'accident dont il décèdera plus tard, aucune réduction ne se justifie²⁵⁰. La personne soutenue ne doit pas être pénalisée parce que le soutien n'est pas décédé immédiatement après l'accident.

D. Prestations d'entretien fournies aux enfants

Lorsque les enfants ont perdu leur soutien, la durée des prestations perdues dépend de la durée probable de leur besoin. Celui-ci existe jusqu'au moment où ils sont capables de subvenir eux-mêmes à leur entretien.

²⁴³ Lorsque l'ayant droit à une indemnité pour perte de soutien décède pendant le procès dans lequel il faisait valoir ses droits, mais avant l'arrêt de la dernière juridiction cantonale, *ses héritiers* ne peuvent prétendre qu'à l'indemnité due pour la période allant du décès du soutien au décès de l'ayant droit. La perte de soutien ne saurait être calculée sur la base de la durée probable de vie de l'ayant droit.

ATF 25 II 763 (770); 36 II 89 (97); 66 II 175 (177); Sem.jud. 1953, p. 177 (182), JT 1953 I 472 n° 40.

²⁴⁴ ATF 57 II 292 (301), JT 1932 I 110 (118).

Cet avis est partagé par toute la doctrine, cf notamment: MOSER, p. 63; MARTI, p. 54; STAUFFER/SCHAETZLE, § 49; OFTINGER, § 6 III C b ε (p. 209).

²⁴⁵ ATF 86 II 7 (13).

²⁴⁶ OFTINGER, § 6 III C b ε (p. 209 in fine à 210).

²⁴⁷ § 6 III C b ε (p. 210).

²⁴⁸ § 49 ch. 1 a.

²⁴⁹ TF à Rep. 1966, p. 30 (38-39); ATF 99 II 206 (213).

²⁵⁰ Même avis, OFTINGER, § 6 III C b ε (p. 209), n. 212 en matière de lésions corporelles.

Contra: TF à Sem.jud. 1958, p. 465 (473).

Le Tribunal fédéral avait tout d'abord fixé ce moment à 16 ans²⁵¹, puis à 18 ans²⁵² et enfin à 20 ans²⁵³. La durée du besoin va au-delà de l'âge de 20 ans si, par exemple, il paraît probable que l'enfant entreprendra des études supérieures²⁵⁴ ou que la durée de sa formation sera plus longue du fait qu'il est infirme ou handicapé. Dans ce dernier cas, il faut voir si, et le cas échéant quand, l'enfant pourra subvenir à son entretien total ou partiel²⁵⁵. A la limite, il se peut que l'enfant reçoive des prestations d'entretien pendant toute la vie du soutien²⁵⁶.

Le besoin de soutien de l'enfant peut être également très bref, voire ne pas exister du tout²⁵⁷.

Lorsque le père soutien est divorcé ou séparé de corps, la durée des pensions alimentaires allouées aux enfants peut parfois offrir d'utiles renseignements. Avant la modification du droit de la filiation, le père naturel était tenu de verser une pension alimentaire uniquement jusqu'aux 18 ans de l'enfant (art. 319 al. 2 anc. CC). En revanche, l'obligation d'entretien des père et mère n'était soumise à aucun délai. La jurisprudence et la doctrine admettaient qu'elle durait jusqu'à la majorité, exceptionnellement au-delà si l'achèvement de la formation professionnelle de l'enfant l'exigeait. Le nouveau droit de la filiation a codifié ces principes (art. 277 CC). Pour tous les enfants, l'obligation d'entretien des père et mère cesse avant la majorité de l'enfant, dans la mesure où l'on peut attendre de celui-ci qu'il subviennne à son propre entretien (art. 276 al. 3 CC). «Si l'enfant n'a pas achevé sa formation à sa majorité, les père et mère doivent, dans la mesure où les circonstances permettent de l'exiger d'eux, continuer à subvenir à son entretien jusqu'à la fin de cette formation, pour autant qu'elle soit achevée dans les délais normaux» (art. 277 al. 2 CC). Toutefois, comme le droit à l'indemnisation se

²⁵¹ ATF 21, p. 1151 (1160); 23 I 842 (857); 24 II 867 (875); 29 II 604 (612), Sem. jud. 1904, p. 705 (710); TF à JT 1908 I 329 (335).

²⁵² ATF 25 II 763 (770); 29 II 225 (239); TF à JT 1905 I 268 (279); 31 II 281 (289), TF à JT 1908 I 450 (457); 36 II 89 (97); 41 II 703 (708), JT 1917 I 8 (12); 49 II 364 (366); 53 II 177 (180); 58 II 230 (238), JT 1933 I 211 (217); 65 II 250 (256), JT 1940 I 436 (437), où le Tribunal fédéral rappelle que la règle comporte des exceptions.

²⁵³ ATF 57 II 180 (184), JT 1932 I 41 (46); 58 II 255 (263), JT 1933 I 203 (208-209); 59 II 461 (462), JT 1934 I 402 (404); 60 II 325 passage publié in JT 1935 I 98 (102); 65 II 250 (256), JT 1940 I 436 (437); 66 II 175 (177); 72 II 165 (168), JT 1946 I 616 (619); 99 II 366 (373-374); 101 II 346 (353).

²⁵⁴ ATF 64 II 198, passage publié in JT 1939 I 52 (58); 65 II 250 (256), JT 1940 I 436 (437).

La durée de l'entretien dépendra de la durée normale des études supérieures. A titre de comparaison, le droit à la rente d'orphelin allouée par la LAVS s'éteint généralement aux 18 ans révolus de l'ayant droit; il peut durer au plus jusqu'à 25 ans révolus pour les enfants qui font un apprentissage ou des études (art. 25 al. 2 et 26 al. 2 LAVS).

²⁵⁵ La durée de formation peut alors être très longue. On tient également compte du fait que l'enfant reçoit des prestations de l'Assurance Invalidité.

²⁵⁶ Dans l'ATF 65 II 263 (264-265), la fille du soutien, âgée de 15 ans et 7 mois au moment du décès, souffrait de débilité mentale et était frappée d'une incapacité permanente de travail. Il semble bien que le montant de l'indemnité qui lui a été octroyée ait été calculé sur la durée de vie du soutien.

²⁵⁷ Exemple: ATF 57 II 292 (299s.), JT 1932 I 110 (118); nourrisson non viable.

fonde sur un critère de fait, il faut savoir jusqu'à quand le père ou la mère aurait fourni, en fait, son entretien à l'enfant et non jusqu'à quand il aurait dû légalement le lui fournir. Ceci d'ailleurs peut éclairer cela.

§ 30 Perte différée

En cas de perte immédiate, on connaît d'emblée le début des prestations d'entretien (§ 28).

En cas de perte différée, il faut le déterminer de cas en cas.

Rappelons que la perte différée a un caractère plus hypothétique que la perte immédiate (§ 9) et que les enfants entretiennent de moins en moins leurs parents (§ 10 c. 2).

A. Début des prestations

Les prestations d'entretien n'auraient pas commencé avant que soient devenus effectifs la capacité et le besoin de soutien²⁵⁸. Il faut donc déterminer dans chaque cas de combien d'années le soutien est différé.

Pour un enfant, le début de sa capacité de soutien dépend de la durée de sa formation ou de ses études, de sa profession, etc. En règle générale, il se situe au moment où il exercera une activité lucrative (lui permettant de soutenir ses parents). Pour des fiancés, la capacité de soutien de la victime peut déjà exister au moment du décès.

Le besoin de soutien des parents existe parfois déjà avant que l'enfant ne soit capable de les soutenir. Pour une fiancée, il commence souvent au moment du mariage.

B. Fin des prestations

Les prestations d'entretien cessent lorsque disparaît la capacité ou le besoin de soutien. Ce moment est très variable. La jurisprudence considère que l'enfant se serait généralement marié; sa capacité de soutien aurait alors diminué²⁵⁹ ou cessé. Pour tenir compte de ce fait, elle a parfois supputé le moment du mariage et accordé une indemnité aux parents jusqu'à ce moment-là²⁶⁰, méthode qu'elle a critiqué dans un arrêt ancien²⁶¹; elle a parfois uniquement réduit les indemni-

²⁵⁸ ATF 62 II 58 (59).

²⁵⁹ Exemple: ATF 59 II 364 (371).

²⁶⁰ Exemple: TF à JT 1942 I 477 n° 30.

Soutien en deux temps: TF à JT 1942 I 475 n° 29.

²⁶¹ ATF 34 II 606 (609).

tés allouées à la personne soutenue²⁶²; il lui est aussi arrivé de fixer l'indemnité *ex aequo et bono*²⁶³; dans d'autres arrêts, elle n'a pas tenu compte de la possibilité de mariage, car elle était minime ou n'aurait pas joué de rôle²⁶⁴.

Chapitre 11 : L'imputation des avantages²⁶⁵

§ 31 Généralités

L'événement dommageable procure parfois un avantage au lésé, qui épargne des dépenses, reçoit des libéralités de la part de tiers, etc. Doit-on tenir compte de ces avantages, le cas échéant comment? Tel est le problème de l'imputation des avantages (en droit commun, «*compensatio damni cum lucro*») ²⁶⁶.

En principe, les avantages doivent être imputés²⁶⁷. Le dommage résulte de la comparaison de deux états patrimoniaux et indique la diminution du patrimoine consécutive à l'événement dommageable. Si le même événement procure en même temps au lésé un avantage, donc une augmentation de patrimoine, il est logique d'en tenir compte²⁶⁸. On obtient ainsi le dommage net²⁶⁹.

L'application mécanique de la théorie de la différence conduirait à déduire du dommage *tous* les avantages nés du fait dommageable. Toutefois, il n'est pas juste que l'avantage profite toujours au responsable plutôt qu'au lésé; on s'est alors efforcé de trouver un critère général d'imputation. En Suisse, on exige un *rapport de causalité adéquate* entre la survenance de l'avantage et l'événement dommageable²⁷⁰. Toutefois, la causalité adéquate n'est ni le seul critère, ni le critère déterminant pour l'imputation des avantages²⁷¹. On peut d'ailleurs

²⁶² Exemple: ATF 59 II 364 (371); TF à JT 1953 I 473 n° 42.

²⁶³ Exemple: ATF 62 II 58 (59); 79 II 350 (355).

²⁶⁴ Exemple: ATF 32 II 508 (514); 35 II 421 (427); 64 II 53 (60).

La victime ne se serait vraisemblablement pas mariée: TF à JT 1905 I 131 (137); TF à JT 1943 I 459 n° 25. Le mariage de la victime n'aurait pas eu d'influence sur les prestations: ATF 34 II 462 (469-470).

²⁶⁵ En allemand: «*Vorteilsanrechnung*» ou «*Vorteilsausgleichung*». Cf. spécialement VON TUHR/PETER, § 13 II; OFTINGER, § 6 II.

²⁶⁶ Il ne s'agit pas d'une compensation au sens propre (art. 120 CO), car l'auteur du dommage n'a pas de créance envers le lésé.

²⁶⁷ Cf. notamment VON TUHR/PETER, § 13 II; OFTINGER, § 6 II A (p. 178).

²⁶⁸ OFTINGER, § 6 II A (p. 178).

²⁶⁹ En Suisse comme en Allemagne, l'imputation des avantages doit se faire sur le montant du dommage et non sur celui des dommages-intérêts. Sur l'importance pratique de la distinction, cf. OFTINGER, § 6 II A (p. 179) n. 45.

²⁷⁰ ATF 99 II 228 (238); JT 1974 I 270 (280); l'ATF 85 IV 101 (106-107) parle de «*in innerem Zusammenhang*», passage non traduit au JT 1959 IV 88; l'ATF 71 II 86 (89), JT 1945 I 562 (566) de: «*Identité entre l'événement dommageable et l'événement avantageux*». DESCHENAUX/TERCIER parlent de «*connexité*» (§ 22 ch. 3).

VON TUHR/PETER, § 13 II, et les auteurs cités par OFTINGER, § 6 II A (p. 179) n. 47.

²⁷¹ Cf. notamment VON TUHR/PETER, § 13 II; OFTINGER § 6 II A (p. 180).

même se demander s'il s'applique ici²⁷². Selon M. OFTINGER²⁷³, même si, à tort ou à raison, on mentionne tout spécialement la causalité adéquate, l'imputation des avantages ne peut avoir lieu que si aucune règle juridique (légale ou jurisprudentielle) ni la volonté d'une partie ne l'interdit. Le cas échéant, on se trouve devant un problème d'appréciation («Wertungsproblem»). La doctrine et la jurisprudence ne s'accordent pas pour désigner les cas où les avantages sont soumis à imputation²⁷⁴.

En Allemagne, l'imputation des avantages est considérée comme une *question d'appréciation* («Wertungsfrage»), ce qui nécessite l'examen différencié des cas²⁷⁵. Le Tribunal fédéral allemand exige que l'imputation corresponde au sens et au but de l'indemnisation et ne conduise pas à décharger inéquitablement le responsable de sa responsabilité²⁷⁶. Lorsque l'avantage provient de la prestation d'un tiers, le but de la prestation est déterminant. Telle est aussi, d'après M. KOZIOL, la position en Autriche²⁷⁷.

Le responsable doit exiger l'imputation des avantages en soulevant une objection («Einwendung») au cours du procès. C'est à lui de prouver l'existence d'un avantage imputable²⁷⁸.

Certains auteurs traitent ici le problème de savoir si le lésé, titulaire de plusieurs prétentions à la suite de l'événement dommageable, peut les faire valoir cumulativement ou s'il doit se laisser imputer certaines indemnités²⁷⁹. Nous le traitons dans le chapitre sur la pluralité des prétentions du lésé (infra chap. 20)²⁸⁰.

§ 32 Perte de soutien

A. Le Tribunal fédéral applique l'imputation des avantages à la perte de soutien. Il semble toutefois avoir introduit un nouveau critère d'imputation: le besoin de soutien.

²⁷² Pour une réponse négative, voir la démonstration de CANTZLER, AcP 156 (1957), p. 41 s., approuvée par LARENZ, I, § 30 II a, et par ESSER/SCHMIDT, I, 2, § 33 V 3.

OFTINGER (§ 6 II A) soutient avec raison que l'expression «Rapport de causalité» est employée ici, en partie, dans un sens impropre. Ainsi, lorsqu'on examine s'il existe un rapport de causalité adéquate entre le décès et les prestations d'assurance payées aux ayants droit à la suite du décès, on se penche en réalité sur le problème de la cause et de la conséquence juridiques («Rechtsgrund und Rechtsfolge»).

²⁷³ § 6 II A (p. 180).

²⁷⁴ OFTINGER, § 6 II B (p. 180).

²⁷⁵ Cf. notamment: THIELE, Gedanken zur Vorteilsausgleichung, AcP 167 (1967), p. 193; CANTZLER, Die Vorteilsausgleichung beim Schadenersatzanspruch, AcP 156 (1957), p. 29; E. DEUTSCH, § 26 III, et les auteurs qu'il cite; LARENZ, I, § 30 II; ESSER/SCHMIDT, I/2, § 33 V 3.

²⁷⁶ BGHZ 10, p. 107 (108); 54, p. 269 (272); Urt. v. 22.9.1970, NJW 1970, p. 2061 (2063).

²⁷⁷ KOZIOL, I, p. 158 s.; Grundriss des bürgerlichen Rechts, I, 3^e éd., Vienne 1973, p. 301-302.

²⁷⁸ Parmi d'autres, OFTINGER, § 6 II C (p. 184).

²⁷⁹ Cf. les auteurs cités par OFTINGER, § 6 II B (p. 180) n. 50.

²⁸⁰ Idem, GUHL/MERZ/KUMMER, § 6 III 5; OFTINGER, § 6 II B (p. 180).

«Dans la mesure où les revenus de la fortune qu'elle (la personne soutenue) hérite lui permettent de subvenir en tout ou en partie à son entretien, soit de maintenir un train de vie conforme à son état, elle n'a pas besoin de soutien et, partant, ne subit aucun dommage résultant de la perte de soutien²⁸¹.»

Le Tribunal fédéral et la grande majorité des auteurs se ralliant à ce point de vue limitent le besoin de soutien comme critère d'imputation aux revenus de la fortune héritée²⁸². Certains auteurs vont plus loin et veulent que le besoin de soutien soit employé comme critère général d'imputation (des avantages) pour la perte de soutien²⁸³.

B. Critique

1. Pourquoi limiter le besoin de soutien, comme critère d'imputation, aux revenus de la fortune héritée? Il serait logique de l'appliquer également à la fortune elle-même. En effet, si les revenus de la fortune héritée par la personne soutenue diminuent ou suppriment son besoin de soutien, a fortiori la fortune produit-elle ce résultat.

2. Doit-on alors employer le besoin de soutien comme critère général d'imputation? Pas à notre avis. L'emploi de ce critère procède d'une confusion entre les deux questions qui se posent, distinctes et successives, à la suite du décès de la victime:

Premièrement, y a-t-il une perte de soutien? Oui, si la victime est un soutien, le demandeur un ayant droit et les prestations disparues des prestations d'entretien (dépendantes donc du besoin et de la capacité de soutien). Deuxièmement, l'existence d'un dommage étant établie, il faut calculer la perte de soutien. On examinera notamment s'il y a lieu d'imputer certains avantages. Le besoin de soutien ne joue ici aucun rôle, car étranger au problème²⁸⁴.

Dans aucun des systèmes juridiques que nous avons examinés, le besoin de soutien n'est un critère d'imputation. Il ne l'est même pas là où le droit à l'indemnisation dépend de l'existence d'une créance légale d'entretien, donc de l'existence d'un besoin et d'une capacité d'entretien²⁸⁵. D'ailleurs, les auteurs qui proposent ce critère général d'imputation refusent d'imputer sur la perte de soutien la fortune héritée et les libéralités provenant de tiers, ce qui est illogique dans leur système.

²⁸¹ ATF 95 II 411 (416) et les arrêts cités *infra* n. 295.

²⁸² Cf. *infra* § 33 C.

²⁸³ MARIT, p. 59, 61 s. (spécialement p. 64); MERZ, RSJB 107 (1971), p. 128 en l'absence de règle légale expresse.

²⁸⁴ Même avis, MARC SCHAEFZIG, *Personalvorsorge und Haftpflichtrecht in Konkurrenz* (thèse Zurich 1972), p. 27 s. (28–29).

²⁸⁵ Cf. pour l'Allemagne notamment STAUDINGER SCHÄFER, § 844 BGB n. 53–57, 89–97; GEIGEL, ch. 8 n° 20, 27 et ch. 9 n° 57 s.; WUSSOW, n° 1066, et pour l'Autriche KOZIOL, I, p. 160 ss., et II, p. 116 s.

Par conséquent, en matière de perte de soutien comme pour tout dommage, l'imputation des avantages ne peut se faire qu'en appliquant la théorie classique (cf. supra § 31).

§ 33 Cas d'imputation

A. Libéralités provenant de tiers

Les libéralités ne sont pas imputables. La volonté du donateur exclut l'imputation qui irait à l'encontre du sens et du but de telles prestations. En effet, celui-ci entend faire une donation au lésé et non décharger le responsable. Ainsi, ne sont pas imputables sur le dommage les prestations gratuites que le lésé reçoit d'un tiers, comme premiers secours, pour l'aider immédiatement après l'accident, ou dans le but de lui manifester sa sympathie ou sa solidarité (collecte faite dans un village en faveur des enfants dont les parents ont été tués)²⁸⁶. Il en va de même des prestations d'entretien fournies par les parents nourriciers à un orphelin. Il se peut aussi que le donateur veuille réparer le dommage à la place du responsable pour lui éviter par exemple une action en justice. Il ne s'agit plus alors d'un avantage – la question de l'imputation des avantages ne se pose donc plus – mais du paiement des dommages-intérêts par le tiers à la place du responsable et en sa faveur²⁸⁷.

Le responsable peut fournir au lésé des prestations gratuites qu'il ne prend pas la peine de qualifier. Selon M. OFTINGER, on admettra en général qu'il s'agit soit d'une indemnité, soit d'un avantage imputable, si l'interprétation de la volonté du responsable ne dicte pas une autre solution²⁸⁸.

B. Dépenses épargnées

1. Nous avons vu que lorsque le mari fait valoir une perte de soutien à la suite du décès de sa femme, les dépenses d'entretien qu'il n'aura plus à fournir pour son entretien s'imputent²⁸⁹.

2. Le Tribunal fédéral refuse, en revanche, d'imputer les frais d'entretien et d'éducation épargnés, lorsque les parents font valoir une perte de soutien à la

²⁸⁶ MOSER, p. 83 ch. IV; FEHR, p. 109; MARTI p. 68; STAUFFER/SCHAETZLE, § 5 ch. I; OFTINGER, § 6 II B 2 (p. 181).

Idem en Allemagne: GEIGEL, ch. 9 n° 39; WUSSOW, n° 1288; DEUTSCH, § 26 ch. III; LARENZ, I, § 30 II b; ESSER, II, § 48 III.

Idem en Autriche: KOZIOL, I, p. 160 et ses citations.

Idem en Italie: DE CUPIS, I, p. 278; BONVICINI, II, p. 920 § 391 et renvois n. 31 et 32.

²⁸⁷ OFTINGER, § 6 II B 2 (p. 181); LARENZ, I, § 30 II b.

²⁸⁸ OFTINGER, § 6 II B 3 (p. 182) et n. 55.

²⁸⁹ Cf. supra § 26 A.

suite de décès de leur enfant²⁹⁰. Deux arrêts cantonaux²⁹¹ et la majorité de la doctrine²⁹² admettent en revanche l'imputation dans ce cas aussi. Leur argumentation ne nécessite pas de complément²⁹³. Les parents ne peuvent pas faire valoir les frais d'entretien et d'éducation devenus inutiles à la suite du décès de l'enfant²⁹⁴.

C. Avantages successoraux

1. Le Tribunal fédéral²⁹⁵ n'impute pas la fortune échue à la personne soutenue par voie successorale à la suite du décès du soutien. En revanche, il impute les revenus de la fortune héritée, car ils diminuent ou suppriment²⁹⁶ le besoin de soutien. Cela vaut également pour les revenus de la part qui va au conjoint survivant à la suite de la liquidation du régime matrimonial²⁹⁷ et pour un legs²⁹⁸. On retient et on apprécie également les revenus dont la personne soutenue jouit comme usufruitière d'une part de la succession du défunt²⁹⁹. L'imputation à

²⁹⁰ ATF 46 II 122 (127), JT 1920 I 455 (460); 58 II 29 (40), JT 1932 I 359 (369).

²⁹¹ Bâle, RSJ 15 (1918-1919), p. 218 (219); la 2^e Cour civile bernoise, RSJ 58 (1962), p. 8, dans un arrêt confirmé par le Tribunal fédéral.

²⁹² MOSER, p. 77; MAYR, p. 53 s.; MARTI, p. 66-67; STAUFFER SCHAFTZLE, § 11 ch. 1; OFTINGER, § 6 II B ch. 6 (p. 183) et n. 60.

²⁹³ Cf. surtout OFTINGER, § 6 II B (p. 183) n. 60. L'imputation est également admise en Allemagne.

²⁹⁴ ATF 58 II 29 (41), JT 1932 I 359 (370) et la doctrine.

A la suite d'un décès, la personne soutenue ne peut invoquer qu'une perte de soutien.

²⁹⁵ ATF 64 II 420 (424), JT 1939 I 262 (267); 64 II 429, JT 1939 I 110 (113); 72 II 132, passage non publié, mais signalé par THILO in JT 1946 I 489; 74 II 202 (210), JT 1949 I 516 (524); 95 II 411 (416); 99 II 207 (212-213); ATF non publié Hoirs d'Arthur Rouvinet c. La Fribourgeoise, 2 septembre 1974, p. 7, cons. 4 b).

OSER SCHÖNENBERGER, art. 45 CO n. 14; STREBEL, art. 41 LA, n. 39; FEHR, p. 43, 100 s.; MARTI, p. 57 s.; VON TUHR SIEGWART, § 48 I 1; BROSET, JT 1942 I 66 (82-83); GIRSBERGER, RSJ 61 (1965), p. 273 (276); MERZ, RSJB 107 (1971), p. 128; GUHL MERZ KUMMER, § 10 III 5; OFTINGER, § 6 IV D d (p. 236).

Contre cette jurisprudence: THILO, JT 1939 I 114-115 et JT 1958 I 252-253; STAUFFER SCHAFTZLE, § 19; BUSSY RUSCONI, art. 62 LCR rem. 2.5; RUSCONI, TCS, n° 6, p. 55 et Rep. 1970, p. 7-10; SCHLEGEL/GIGER, «Strassenverkehrsgesetz» (Zürich 1974), note ad. art. 58 LCR.

Autrefois, la jurisprudence fédérale a admis, sans donner de motifs, l'imputation du revenu de la fortune héritée (ATF 53 II 50 [53]), puis (ATF 62 II 55 [58]) a refusé l'imputation en se référant à deux arrêts non publiés (Seiler-Auber und Kinder c. Haberer Authenried, 27 juin 1927, dont un extrait est donné in RSJB 67 (1929), p. 27 dans une affaire où la Cour d'Appel bernoise est critiquée; Rossini c. Dame Routh-Masson, 8 juillet 1931).

S'il «est contraire au sentiment du droit de faire bénéficier le responsable de la prévoyance du défunt qui a contracté une assurance (art. 96 LCA) et payé des primes, il est tout à fait aussi injuste de le faire bénéficier de la prévoyance du défunt qui a mis de l'argent de côté. Une exception ne se justifierait guère que dans le cas où le défunt subvenait aux besoins du demandeur au moyen précisément des capitaux dont celui-ci a hérité...»: ATF 62 II 55 (58).

Deux ans plus tard (ATF 64 II 198, passage publié in JT 1939 I 52 [56 s.]), le Tribunal fédéral modifiait à nouveau sa jurisprudence pour ne plus s'en écarter.

²⁹⁶ Exemple: ATF non publié Hoirs d'Arthur Rouvinet c. la Fribourgeoise, du 2 septembre 1974, p. 8: le montant que le défunt consacrait à son épouse (36 000 francs par an) est «couvert par les avantages successoraux, que la veuve ait choisi sa part en usufruit ou en propriété». Elle ne subit dès lors pas de perte de soutien.

²⁹⁷ ATF 99 II 207 (210, 213); MARTI, p. 61; OFTINGER, § 6 IV D d (p. 236).

²⁹⁸ OFTINGER, § 6 IV D d (p. 236).

²⁹⁹ ATF 95 II 411 (417).

opérer s'apprécie équitablement : on tient compte en particulier du fait que les revenus peuvent diminuer³⁰⁰ et que la personne soutenue a le droit de maintenir un train de vie conforme à son état³⁰¹. Ainsi, elle ne correspond pas toujours au revenu total de la fortune héritée³⁰².

2. Comme nous l'avons montré, le besoin de soutien est étranger au problème de l'imputation de la succession. L'héritage ne devrait être imputé que si et dans la mesure où il représente un avantage. A notre avis³⁰³, le sens et le but de l'indemnisation dictent l'imputation du revenu de la fortune et/ou de la fortune qui servait, déjà avant le décès du soutien, à fournir l'entretien de son bénéficiaire ou qui aurait servi à ce but, l'ayant droit recevant la source même des prestations d'entretien³⁰⁴.

Si tel n'est pas le cas, on doit présumer que la fortune, augmentée régulièrement de ses revenus, serait de toute façon revenue un jour par voie successorale à la personne soutenue, à moins que le responsable ne prouve le contraire. Par conséquent, la fortune et ses revenus ne doivent en principe pas être imputés, car il n'y a pas d'avantage³⁰⁵.

Aucune déduction ne se justifie pour compenser le fait que la personne soutenue reçoit la succession avec anticipation³⁰⁶. L'avantage correspond au revenu vraisemblable de la succession. Il est toutefois compensé par le fait que la mort prématurée du soutien empêche un accroissement du patrimoine. Les revenus de la fortune se seraient d'ailleurs ajoutés à la fortune, de sorte que la personne soutenue aurait touché une succession plus importante.

Il ne faut pas imputer la part du patrimoine touchée au titre de la liquidation du régime matrimonial : elle ne représente pas un avantage. En revanche, les revenus de cette part devraient être imputés si et dans la mesure où ils représentent un avantage. Ils devraient également l'être si la victime les employait à l'entretien de sa femme³⁰⁷.

³⁰⁰ ATF 64 II 420 (424), JT 1939 I 262 (267); 64 II 429, JT 1939 I 110 (112–113).

³⁰¹ ATF 64 II 429, JT 1939 I 110 (113); 95 II 411 (417).

³⁰² Exemple : ATF 95 II 411 (417) : déduction de la totalité du revenu de la fortune héritée.

ATF 99 II 207 (212) : déduction d'un montant inférieur.

³⁰³ En Allemagne, le BGH a la même position : Urt. v. 19. 3. 1974, NJW 1974, p. 1236 (1237); 1976, p. 747 (748).

En Italie, on ne semble pas opérer de distinction entre la succession et les revenus de la succession. L'augmentation du patrimoine consécutive à l'héritage pour succession mortis causa n'est pas imputable : Cass. civ. 7 février 1958, n. 370, in *Giur. it.* 1958, I, 1, 308.

³⁰⁴ Même avis FEHR, p. 101, et éventuellement STAUFFER/SCHAETZLE, § 19.

Idem en Allemagne, notamment BGH, Urt. v. 19. 3. 1974, NJW 1974, p. 1236 (1237); ESSER/SCHMIDT, I/2, § 33 V 3. 1, et en Autriche KOZIOL, I, p. 162.

³⁰⁵ Même avis pour la fortune OFTINGER, § 6 II B ch. 7 (p. 183). Même solution en Allemagne : GEIGEL, ch. 9 n. 60; WUSSOW, n° 1128; STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n. 89, et en Autriche : KOZIOL, I, p. 162.

³⁰⁶ OFTINGER, § 6 II B ch. 7 (p. 183); KOZIOL, I, p. 163.

L'ATF 53 II 50 (53) semble avoir procédé à une telle imputation.

³⁰⁷ Dans ce cas, il faut également tenir compte de ces revenus pour déterminer le montant de l'entretien que le mari consacrait à sa femme.

Chapitre 12: Le remariage du conjoint survivant. Les chances de remariage

Le remariage de la veuve du soutien peut, selon les circonstances, remplacer l'entretien disparu ou diminuer la perte. Il faut donc éventuellement en tenir compte.

§ 34 Remariage

La dernière juridiction cantonale doit prendre en considération tous les faits survenus depuis le décès du soutien, notamment le remariage de la veuve³⁰⁸. Le remariage ne supprime pas automatiquement le droit de la veuve à l'indemnisation de sa perte de soutien. En effet, la «veuve» subit une perte de soutien après son remariage (et par conséquent garde sa prétention) si et dans la mesure où l'entretien fourni par le nouveau mari est inférieur à celui du soutien³⁰⁹. Lorsque le remariage lui assure une situation économique égale à celle qu'elle aurait eue avec son précédent mari, la veuve subit une perte de soutien uniquement jusqu'au moment de ses noces³¹⁰.

Le Tribunal fédéral ne peut prendre en considération le remariage de la veuve, avant ou en cours de procès, que si ce fait a été allégué au moins devant la dernière juridiction cantonale (art. 55 al. 1 et 63 al. 2 OJ), mais non s'il est intervenu après l'arrêt de cette juridiction ou si ce fait nouveau, survenu avant cet arrêt, a été invoqué pour la première fois devant lui³¹¹. Dans ce cas, il ne retient que la probabilité de remariage, telle qu'elle pouvait être envisagée par la juridiction cantonale³¹².

Les mêmes principes s'appliquent, mutatis mutandis, au veuf remarié. Il ne subit aucune perte de soutien si sa nouvelle femme lui assure en définitive le même soutien que la précédente³¹³.

³⁰⁸ ATF 31 II 281 (287), Sem. jud., 1906 p. 369 (373-374); 33 II 27 (32); 35 II 160 (162), JT 1910 I 74 (77); 72 II 214 (215); 82 II 132 (134).

OFINGER, § 6 IV D e (p. 244) n. 437.

³⁰⁹ TF à JT 1965 I 455; ATF 54 II 367 (370), JT 1929 I 43 (47); 54 II 294 (297), JT 1929 I 309 (312).

³¹⁰ TF à JT 1965 I 455. Elle ne peut pas prétendre, pour la période postérieure à son remariage, à une indemnité forfaitaire égale à 3 annuités de la rente de veuve (même arrêt).

ATF 31 II 281 (288), Sem. jud. 1906, p. 369 (375); 54 II 367 (370), JT 1929 I 43 (47).

³¹¹ Cf. les arrêts cités à n. 308. Le Tribunal fédéral doit statuer selon les faits qui ont servi de base au jugement attaqué.

³¹² ATF 72 II 214 (215).

PICCARD (p. 119) et OFINGER (§ 6 IV D e [p. 244] n. 437) conseillent dans de tels cas d'accorder une indemnité sous forme de rente pour tenir compte du remariage. STAUFFER et SCHAEZLE (§ 9 ch. 6 litt. d) critiquent avec raison cette solution. Cf. également notre critique supra chap. 8 n. 21.

³¹³ Cf. pour un cas d'application: JT 1970 I 446.

Le remariage du conjoint survivant n'exerce aucune influence sur la perte de soutien causée à l'enfant³¹⁴.

En Allemagne, la veuve qui se remarie ne perd pas son droit à l'indemnisation sous forme de rente. L'entretien qu'elle reçoit de son nouveau mari est imputé sur le dommage³¹⁵. Si la femme perd sa créance d'entretien née du nouveau mariage – même à la suite d'un divorce dû à sa faute exclusive – ou que sa créance diminue, la prétention qu'elle a envers le responsable augmente d'autant³¹⁶.

En Autriche, le droit de la veuve à une indemnité sous forme de rente prend fin par remariage³¹⁷.

En Italie, la Cour de Cassation refuse de tenir compte du remariage de la veuve et accorde à cette dernière l'indemnisation du dommage subi comme si elle ne s'était pas remariée³¹⁸. De nombreux auteurs critiquent cette jurisprudence³¹⁹.

§ 35 Chances de remariage³²⁰

A. La veuve ne s'est pas remariée avant l'arrêt de la dernière juridiction cantonale. Lorsqu'un remariage ne paraît pas exclu, la jurisprudence suisse s'est demandé s'il fallait tenir compte d'avance dans le jugement de cette éventualité. Le principe fut admis de prendre en considération cette éventualité, comme d'un facteur qui peut influencer le montant du dommage³²¹. Voici, exposées en ordre chronologique, les solutions que la jurisprudence a retenues :

³¹⁴ ATF 72 II 165 (168 s.), JT 1946 I 616 (619–620). Cf. également supra § 10 B n. 83 et § 24 et n. 197.

³¹⁵ STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n. 157: non par l'application du principe de l'imputation des avantages, mais à cause de l'obligation de diminuer le dommage (§ 254 2 BGB).

³¹⁶ Cf. STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n. 157 et les arrêts qu'ils citent.

³¹⁷ KOZIOL, II, p. 132 et ses renvois à note 99.

³¹⁸ Cass. civ., 4 avril 1959, n. 1008, in Foro it. 1959, I, 1512. Selon LAGOSTENA BASSI-RUBINI, (II, p. 336, § 267), la Cour de Cassation a maintenu sa jurisprudence.

³¹⁹ DE CUPIS, t. I, p. 287; du même auteur, *Influenza delle nuove nozze sul diritto al risarcimento della vedova*, in Foro it. 1959, I, 1512; Ancora sull'influenza delle nuove nozze sul diritto al risarcimento della vedova, in Foro it. 1959, IV, 291; Postilla sull'influenza delle nuove nozze sul diritto al risarcimento della vedova, in Foro it. 1960, IV, 112; BONVICINI, II, p. 920, § 391 et citation à note 36; LAGOSTENA BASSI-RUBINI, II, p. 334 s., § 266 s.

³²⁰ Cf. à ce sujet, en particulier MOSER, p. 89 s.; MAYR, p. 94 s.; FEHR, p. 118 s.; MARTI, p. 121 s.; BROSSET, JT 1942 I 66, 98 (101–103); THILO, JT 1946 I 130; PICCARD, p. 90 s.; STAUFFER/SCHAETZLE, § 9 ch. 6 et § 10 ch. 4 pour le veuf; OFTINGER, § 6 IV D e δ (p. 243 s.).

En Allemagne, Autriche, France et Italie, les chances de remariage ne sont pas prises en considération.

Selon LE ROY (n° 183), certains auteurs et tribunaux français voudraient qu'elles soient prises en considération. La Cour de Cassation refuse justement d'en tenir compte, cf. infra note 342.

³²¹ Cf. en particulier pour l'indemnisation accordée sous forme de rente ATF 36 II 79 (83, 85).

Sous forme de capital ATF 36 II 79 (85); 54 II 294 (297 s.), JT 1929 I 309 (312–313); 54 II 367 (370), JT 1929 I 43 (47).

1. Lorsque l'indemnité est fournie sous forme de rente.

Dès le remariage :

- a) Suppression pure et simple de la rente³²² ;
- b) suppression de la rente et allocation d'une indemnité forfaitaire égale à trois annuités de la rente de veuve³²³. La LAMA connaît la même solution (art. 88). Le projet de LAA prévoit la renaissance du droit à la rente du conjoint survivant (art. 33).

Selon le Tribunal fédéral, l'allocation d'une indemnité forfaitaire permet de tenir compte à l'avance du changement de circonstances pouvant résulter d'un remariage. Elle évite aussi toute influence fâcheuse sur la décision de remariage de la veuve. Elle retient enfin l'éventualité que le nouveau mariage soit à son tour dissous par la mort ou le divorce ou que le nouveau mari fournisse à sa femme un soutien inférieur au précédent. Moins dure que la précédente, cette solution adoucit les conséquences de la perte du droit à la rente.

2. Lorsque l'indemnité est allouée sous forme de capital.

Réduction du capital³²⁴.

B. En règle générale, l'indemnité pour perte de soutien est allouée actuellement sous forme de capital³²⁵. Lorsqu'un remariage de la veuve n'est pas exclu d'emblée, mais reste aléatoire, sa prise en considération présente plusieurs difficultés, surtout quant au mode d'indemnisation. On ne sait pas si la veuve trouvera dans le nouveau foyer une situation économique au moins équivalente à celle du précédent ou si le nouveau mariage durera³²⁶. Il faut éviter que la solution choisie exerce une influence sur la décision de la veuve de se remarier ou non³²⁷.

La réduction de l'indemnité (fondée sur un remariage éventuel) s'estime en deux étapes. Il faut tout d'abord examiner l'éventualité d'un remariage de la veuve, qui dépend surtout *des circonstances particulières* de l'espèce, «notamment l'âge, le caractère, la condition sociale, le milieu local, les attaches familiales, la santé, l'attrait physique et la situation économique de la femme en cause,

³²² ATF 31 II 281 (288), Sem. jud. 1906, p. 369 (375); 34 II 193 (197).

³²³ ATF 36 II 79 (83-88) où le Tribunal fédéral critique sa jurisprudence précédente, à son avis gravement déficiente, passe en revue d'autres solutions possibles et adopte finalement la solution mentionnée en s'inspirant de celle adoptée en cas d'assurance par certaines lois suisses ou étrangères ou projets de lois suisses (cf. arrêt p. 87); 53 II 498, passage publié in JT 1928 I 137 (141-142); 55 II 146, passage publié in JT 1929 I 613 (621); 59 II 461, passage publié in JT 1934 I 402 (410); ATF non publié, veuve Hufschmid c. Egger et consorts, du 12 mai 1936, cité par THILO, JT 1946 I 130 (132).

³²⁴ Parmi les premiers arrêts, cf. ATF 36 II 79 (85) dans lequel toutefois une rente a été accordée; 54 II 294 (297 s.), JT 1929 I 309 (312-313).

³²⁵ Cf. infra § 36 C.

³²⁶ ATF 36 II 79 (83-84); 54 II 294 (298), JT 1929 I 309 (312-313).

³²⁷ ATF 36 II 79 (84); 54 II 294 (297), JT 1929 I 309 (312).

et de sa volonté de se remarier»³²⁸. On ne la retient que si elle est suffisamment vraisemblable³²⁹; une simple éventualité théorique est insuffisante.

Lorsqu'on retient l'éventualité d'un remariage, il faut estimer la réduction à opérer sur le dommage. La jurisprudence s'aide de la table 60 de MM. STAUFFER et SCHAETZLE, qui indique en pour-cents la réduction à opérer sur la perte de soutien exprimée en capital³³⁰. Toutefois, ces pour-cents de réduction ne constituent qu'un point de repère³³¹, car les données concrètes priment toujours lorsqu'elles permettent de mieux tenir compte du cas particulier³³². Le Tribunal fédéral semble partir des données de la table et les corriger en fonction des particularités du cas concret³³³.

On ne devrait pas, comme on tend à le faire³³⁴, déduire de la table 60 de MM. STAUFFER et SCHAETZLE l'éventualité d'un remariage et corriger ensuite les données de la table à l'aide des circonstances particulières. On emploie la table 60 uniquement lorsqu'on a déjà établi dans un cas particulier que le remariage est suffisamment vraisemblable³³⁵.

Le Tribunal fédéral constate dans l'ATF 72 II 214 (215) qu'il n'a jamais réduit le capital de plus de 30% pour tenir compte des chances de remariage.

Depuis lors, il a effectué les réductions suivantes³³⁶:

TF à JT 1958 I 449: veuve de 47 ans:	10%
ATF 89 II 396 (400): veuve de 27 ans:	25%
ATF 91 II 218 (225): veuve de 28 ans:	30%
ATF 95 II 411 (419): veuve de 31 ans:	10%
ATF 97 II 123 (132): veuve de 35 ans:	10%

³²⁸ ATF 95 II 411 (418-419); et surtout 72 II 214 (215) et les arrêts cités; 89 II 396 (399 s.) où le Tribunal fédéral insiste aussi sur la volonté de remariage; 91 II 218 (224).

³²⁹ ATF 72 II 214 (215): «Certaine probabilité qu'elle se remariera»; 89 II 396 (399): «possibilité réelle... d'un nouveau mariage»; 95 II 411 (418): «possibilité réelle de convoler».

Idem: STAUFFER/SCHAETZLE, § 9 ch. 6; OFTINGER, § 6 IV D e δ (p. 245).

Selon certains arrêts, la réduction pour chances de remariage doit non seulement se fonder sur la possibilité réelle de convoler, mais elle se justifie au surplus «dans la mesure seulement où le nouveau mariage améliorerait sensiblement la situation de la veuve» (ATF 89 II 396 [399]; 91 II 218 [224]; 95 II 411 [418]). Comment peut-on le savoir à l'avance lorsque l'indemnité est allouée en capital? De plus, comme l'a relevé OFTINGER (§ 6 IV D e δ [p. 244] n. 435), la formule employée dans ces trois arrêts – «amélioration sensible...» – n'est pas très claire si on se réfère à la position générale du Tribunal fédéral face au problème de remariage.

³³⁰ 3^e éd. des tables de STAUFFER SCHAETZLE. La table 60 propose des réductions, d'une part pour les veuves de la CNA, d'autre part pour les autres veuves et pour les veufs. La différence est parfois sensible. Cf. les explications de STAUFFER/SCHAETZLE, § 9 ch. 6, § 41 ch. 3.

Exemples d'application des tables: § 44.

³³¹ STAUFFER/SCHAETZLE, § 9 ch. 6.

³³² ATF 89 II 396 (399-400); 91 II 218 (225); 101 II 257 (264); 102 II 90 (96), JT 1977 I 443 (445).

³³³ ATF 91 II 218 (225); 101 II 257 (264); 102 II 90 (96), JT 1977 I 443 (445).

³³⁴ ATF 91 II 218 (224-225); 95 II 411 (419); 101 II 257 (264); 102 II 90 (96), JT 1977 I 443 (445).

³³⁵ OFTINGER, § 6 IV D e δ (p. 245) et n. 448.

³³⁶ Cf. également STAUFFER/SCHAETZLE (§ 9 ch. 6 b) qui citent également quelques arrêts non publiés.

ATF 101 II 257 (264): veuf de 33 ans:

30%

ATF 102 II 90 (96), JT 1977 I 443 (445): veuf de 47 ans:

30%

MM. STAUFFER et SCHAETZLE³³⁷ estiment que «l'examen de l'opportunité d'opérer, dans un cas donné, une réduction pour chances de remariage (et si oui, dans quelle proportion) exige beaucoup de clairvoyance du juge» qui devra notamment faire appel à l'expérience générale de la vie. A notre avis, la jurisprudence n'a pas toujours tenu suffisamment compte des circonstances particulières de l'espèce, notamment de la volonté de remariage de la veuve³³⁸. «Cette volonté relève d'une décision éminemment personnelle qui repose sur des considérations diverses et, parfois, très intimes»³³⁹. Le nombre d'années qui se sont écoulées (sans remariage) depuis le décès du soutien (jusqu'au jugement de la dernière juridiction cantonale ou la transaction) constitue un indice très sérieux dans l'appréciation de la volonté de la veuve: il serait faux de ne pas en tenir compte³⁴⁰.

La solution appliquée depuis longtemps par le Tribunal fédéral à propos des chances de remariage, à savoir la réduction du capital, ne nous satisfait pas. D'abord, si la veuve se remarie peu de temps après avoir obtenu la réparation de son dommage, l'indemnité sera supérieure au dommage, ce qui est contraire au but de la responsabilité civile; si elle ne se remarie pas, une partie de son dommage n'est pas réparée, ce qui est non seulement contraire au but de la responsabilité civile, mais aussi à la loi. Ensuite, les facteurs retenus par le Tribunal fédéral pour apprécier l'éventualité d'un remariage n'échappent pas à la critique³⁴¹. Excepté les cas de remariage très probable (veuve fiancée au moment du jugement par exemple), peut-on dire à l'avance avec une certitude suffisante si la veuve se remariera et si son nouveau mari lui offrira un entretien au moins égal à celui de son précédent mari? Enfin, la prise en considération d'un évènement qui demeure malgré tout en général très hypothétique au moment du jugement

³³⁷ § 9 ch. 6 e.

³³⁸ Problème bien posé: Rep. 1971, p. 263 (272), JT 1973 I 469.

³³⁹ ATF 89 II 396 (399).

³⁴⁰ Comme dans l'arrêt 95 II 411 (418).

³⁴¹ Mentionnons uniquement l'attrait physique.

Est-ce bien le devoir du juge de presider un débat sur le «charme» d'une veuve? Jusqu'où peut-il pousser ses investigations? Devra-t-il se prononcer expressément lorsqu'il trouve la veuve dépourvue d'attrait physique? L'appréciation de ce facteur ne comporte-t-il pas une grande part de subjectivité? Si, d'une façon générale, la beauté d'une femme joue certainement un rôle sur ses chances de remariage, peut-on sans autre appliquer cette constatation à un cas particulier?

Cf. par exemple le sentiment d'un journaliste du «Schweizerischer Beobachter», 44^e année, n° 20 (31 octobre 1970), p. 36 et 38, quant à la jurisprudence du Tribunal fédéral, notamment au sujet des facteurs retenus:

«Man hat bei all dem ein ungutes Gefühl und wird – die Witwen mögen den Ausdruck entschuldigen – bei diesem «Punktierungssystem» ein bisschen an eine Viehschau erinnert. Wieder werden hier den Menschen Dinge zugetraut (Charakterbeurteilung und so weiter), die dem freien und allzu freien Ermessen Tür und Tor öffnen.»

peut laisser juridiquement un peu perplexe³⁴²; c'est pourquoi, en allouant l'indemnité sous forme de capital (et excepté les cas où le remariage paraît très probable), le juge ne devrait opérer aucune réduction pour chances de remariage. Veut-il néanmoins à tout prix en opérer une, que le juge devrait faire preuve d'une grande retenue dans la prise en considération des chances de remariage de la veuve (comme il doit faire preuve de retenue dans l'admission d'une perte de soutien en cas de décès d'un enfant en bas âge³⁴³) et ne les retenir que si, in casu, elles existent réellement, mais non si elles ne se déduisent que de statistiques³⁴⁴. Les incertitudes du remariage doivent être supportées en premier lieu par le responsable, car elles sont une conséquence du décès du soutien.

L'indemnisation en capital, qui oblige le juge à opérer d'avance une réduction à partir de faits hypothétiques, ne fournit pas une solution satisfaisante au problème des chances de remariage. La solution la meilleure (la seule d'ailleurs qui nous satisfasse du point de vue strictement juridique) nous paraît être la suivante, lorsqu'un remariage n'est pas exclu: allocation d'une rente (non réduite) indexée³⁴⁵, avec réserve de rectification dans le jugement pour le cas où la veuve se remarie, afin de permettre au responsable d'exiger la réduction ou la suppression de la rente, selon que l'entretien du nouveau mari compense totalement ou en partie seulement l'entretien du précédent³⁴⁶. Cette solution pourrait pousser la veuve à vivre en concubinage. C'est pourquoi certains auteurs préfèrent allouer une rente, et la remplacer en cas de remariage par une indemnité forfaitaire égale à trois annuités de la rente de veuve³⁴⁷. Cette solution pourrait parfois s'avérer meilleure, mais la rente est malheureusement tombée en désuétude.

³⁴² En France, la prise en considération de la possibilité de remariage de la veuve, donc d'un événement hypothétique pour limiter l'indemnisation est jugée contraire à la loi: Cour cass. (Chambre criminelle), 7 juillet 1966, veuve Desombres c. Pacreau, Gaz. Pal. 1966, 2, J, 188-189. Cet arrêt est commenté favorablement par GEORGES DURRY in Rev. trim. dr. civil 1967, p. 153-154: «Le principe ne paraît pas discutable». Toutefois, selon LE ROY (n° 183), nombreux seraient les auteurs et même les tribunaux qui voudraient tenir compte des chances de remariage.

D'ailleurs, ne refuse-t-on pas en Suisse, en cas de décès d'un enfant en bas âge, toute prétention pour perte de soutien à ses parents, parce qu'il n'est pas suffisamment vraisemblable que l'enfant eût été un jour le soutien de ses parents?

³⁴³ Cf. supra § 10 C.

³⁴⁴ Le Tribunal fédéral faisait d'ailleurs lui-même remarquer «qu'un remariage, toujours incertain, n'apporte pas nécessairement une amélioration de la situation économique de la veuve» (ATF 56 II 126 [136], JT 1930 I 523 [532]).

³⁴⁵ Cf. infra § 39.

³⁴⁶ STREBEL, art. 41 LA n. 43; MAYR, p. 97 s.; MARTI, p. 124; OFTINGER, § 6 IV D e δ (p. 246). Ces auteurs ne parlent pas, toutefois, d'indexation de la rente.

Contra: MOSER, p. 89-90; FEHR, p. 86-87, 120.

Dans l'ATF 36 II 79 (85), le Tribunal fédéral avait rejeté cette solution qui comporte le risque d'un nouveau procès. Cet argument n'est pas pertinent. Cf. OFTINGER, passage cité, n. 457.

La même solution est adoptée en Allemagne (cf. notamment: WUSSOW, n° 1098-1099; STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n° 157 et les citations), où le droit à la totalité de la rente précédemment allouée renaît lorsque le nouveau mariage est dissous par la mort du nouveau mari ou un divorce.

³⁴⁷ MOSER, p. 89-92; FEHR, p. 86-87, 120.

La même solution est prévue à l'art. 88 LAMA et à l'art. 30 al. 3 LAMF. Selon les statuts de la

C. Le problème des chances de remariage du veuf se pose de la même manière que pour la veuve et se résout de la même façon ³⁴⁸. Les chances de remariage du veuf sont, selon les statistiques, plus grandes que celles de la veuve; c'est pourquoi les déductions sur les rentes de veufs proposées par la table 60 de MM. STAUFFER et SCHAETZLE sont bien plus élevées que pour les veuves. Le Tribunal fédéral semble les appliquer avec retenue, suivant en cela le conseil de MM. STAUFFER et SCHAETZLE eux-mêmes ³⁴⁹. A notre avis, cela plaide également en faveur de l'allocation d'une indemnité sous forme de rente lorsqu'un remariage du veuf n'est pas exclu.

Les chances de mariage de la fiancée (ou du fiancé) doivent également être prises en considération ³⁵⁰.

D. Le Tribunal fédéral apprécie l'éventualité d'un remariage du conjoint survivant au jour du décès du soutien. Comme nous avons essayé de le démontrer, cette éventualité devrait s'apprécier au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale. L'âge déterminant est celui du conjoint survivant à ce moment-là ³⁵¹.

E. Lorsque le conjoint survivant a une prétention contre le tiers responsable et la CNA, la réduction pour chances de remariage doit être effectuée non seulement pour la perte de soutien, mais également sur la rente de la CNA, qui est déduite de ce dommage ³⁵².

Caisse d'assurance du personnel de l'Administration générale de la Confédération, du 29 septembre 1950 et ceux de la Caisse de pensions et de secours du personnel des Chemins de fer fédéraux, du 9 octobre 1950 (art. 29 al. 4 des deux statuts), le droit de la veuve à la rente est suspendu pendant la durée du nouveau mariage. La veuve peut toutefois demander alors à la Caisse de lui racheter son droit à la rente par le versement d'une indemnité égale à 3 rentes annuelles, dans le délai d'une année à compter du mariage.

Contrairement à l'art. 88 LAMA, dans le projet de LAA, le remariage du conjoint survivant ne donne plus droit à une allocation unique. Toutefois, si la nouvelle union est dissoute par divorce ou annulation dans les dix ans dès sa conclusion, le droit à la rente renaît (art. 29 al. 7 et 33). L'AVS connaît la même réglementation (art. 23 al. 3 LAVS et 46 al. 3 RAVS (règlement sur l'assurance vieillesse et survivants du 31 octobre 1947).

³⁴⁸ Récemment: ATF 101 II 257 (264): 33 ans au décès de l'épouse. Chances de remariage d'après la table 60 de STAUFFER SCHAETZLE (3^e éd.) 68%. Réduction opérée: 30%.

ATF 102 II 90 (96), JT 1977 I 443 (445): 47 ans au décès de l'épouse. Chances de remariage d'après la table 60: 47%. Réduction opérée: 30%.

La Cour d'Appel bernoise avait refusé de prendre en considération les chances de remariage du veuf par une motivation qui n'était pas convaincante: RSJB 80 (1944), p. 329 (330).

Cf. au sujet des chances de remariage du veuf, outre les auteurs déjà cités à n. 320, GIRSBERGER, RSJ 61 (1965), p. 273 (275-276).

³⁴⁹ Cf. les deux arrêts du Tribunal fédéral cités à n. 348 et STAUFFER SCHAETZLE, § 10 ch. 4.

³⁵⁰ ATF 66 II 206 (221) où le Tribunal fédéral a réduit le capital alloué à la veuve notamment pour tenir compte de ses chances de remariage. («... le Tribunal cantonal pense que la demanderesse ne manquera pas d'occasions de se remariar»).

³⁵¹ Cf. supra chap. 8 B 2 a et 2 c.

³⁵² ATF 97 II 123 (132 s.). Cf. également infra § 53 D.

Chapitre 13: Les intérêts réparatoires. Les intérêts des intérêts ³⁵³

A. Il s'écoule toujours un certain temps entre le moment où la personne soutenue subit la perte de soutien et celui de la réparation. Les pourparlers entre le lésé et le responsable ou son assureur sont souvent longs et laborieux. En cas d'échec, le lésé devra engager les frais d'un procès qui durera. Lorsque le responsable conteste le principe ou l'étendue de sa responsabilité pénale, toute prétention civile est en pratique suspendue jusqu'à droit connu en matière pénale, malgré l'indépendance des deux justices reconnue expressément (art. 53 CO) ³⁵⁴. Cette situation se présente fréquemment quand le décès de la victime est dû à un accident de la circulation. L'ayant droit peut donc n'être indemnisé de sa perte de soutien que bien des mois, voire des années après le décès du soutien. La jurisprudence du Tribunal fédéral en fournit maints exemples ³⁵⁵.

La jurisprudence et la doctrine considèrent que la réparation du dommage qui n'intervient pas au moment où elle est due, est incomplète. Les intérêts réparatoires placent donc le lésé dans la situation financière où il se serait trouvé si le dommage avait été réparé sur le champs. Ils font partie du dommage ³⁵⁶, sont calculés au taux légal de 5% (art. 73 al. 1^{er} CO) ³⁵⁷ et courent du jour du décès du soutien ³⁵⁸ à celui du jugement de la dernière juridiction cantonale apte à connaître encore des faits nouveaux ³⁵⁹, même en cas de perte de soutien différée ³⁶⁰.

³⁵³ Aussi appelés intérêts «compensatoires», en allemand: «Schadenszins».

On oppose les intérêts réparatoires aux intérêts moratoires («Verzugszins») de la responsabilité contractuelle (art. 104 CO). C'est vraisemblablement à la suite d'une erreur de plume que l'ATF 81 II 38 (49) mentionne les intérêts «moratoires».

Sur cette question, voir surtout THILO. Du dies a quo des intérêts dus au lésé en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, JT 1940 I 610 s.; Du calcul de l'intérêt des indemnités dues en cas de mort d'homme ou de lésions corporelles, RSJ 1940/41 (37), p. 133 s.

³⁵⁴ A ce sujet, cf. notamment GEORGES SCYBOZ, L'effet de la chose jugée au pénal sur le sort de l'action civile (thèse Fribourg 1976).

³⁵⁵ Temps qui s'est écoulé, par exemple dans certains arrêts récents, entre le décès du soutien et le jugement de la dernière juridiction cantonale:

ATF 99 II 207: 9 ans;

ATF 97 II 123: plus de 3 ans;

ATF 95 II 411: presque 5 ans et demi;

ATF 84 II 292: plus de 4 ans.

³⁵⁶ ATF 34 II 606 (612); 81 II 512 (519), JT 1956 I 237 (243).

TC de Fribourg, Extraits des principaux arrêts du TC de Fribourg, 1969, p. 87 s., résumés in JT 1971 I 432 n° 47.

OSER/SCHÖNENBERGER, art. 43 CO n. 29; BUSSY/RUSCONI, art. 64 LCR rem. 3.2; GUHL/MERZ/KUMMER, § 10 III 8; OFTINGER, § 6 I B (p. 174).

³⁵⁷ ATF 81 II 38 (49); 82 II 25 (35), JT 1956 I 324 (332); 97 II 123 (134); 101 II 346 (352).

TC de Fribourg, in Extraits ... 1969, p. 87.

Autre avis: ATF 81 II 221 qui se réfère au taux offert sur le marché de l'argent.

³⁵⁸ Cf. pour une jurisprudence constante ATF 97 II 123 (134); 101 II 257 (265); 101 II 346 (353).

³⁵⁹ ATF 97 II 123 (134); 101 II 346 (352-353).

³⁶⁰ En cas de perte différée, on capitalise une rente différée. Ce mode de capitalisation tient déjà compte du paiement anticipé. ATF 81 II 512 (519), JT 1956 I 237 (243) où une partie du dommage dû à la lésion corporelle ne survient que plus tard. MARTI, p. 107.

D'après MM. STAUFFER et SCHAETZLE ³⁶¹ et MM. BUSSY et RUSCONI ³⁶², ils sont dus sans sommation préalable. Les intérêts réparatoires sont calculés sur le montant global du dommage subi, capitalisé au jour du décès ³⁶³. Il est évident que si une partie de l'indemnité a déjà été versée, les intérêts réparatoires ne porteront que sur le reste.

Le montant que représentent ces intérêts réparatoires peut être important, c'est pourquoi les avocats ne devraient pas les oublier. Ainsi, par exemple, dans un arrêt récent ³⁶⁴, les intérêts réparatoires d'une perte de soutien capitalisée de 20 770 francs portant sur une durée de 4 ans et 215 jours, représentaient un montant de 4 774 francs (donnée du Tribunal fédéral).

B. L'indemnité allouée (capital *et* intérêts) porte à son tour un intérêt de 5% à partir du jugement. Le Tribunal fédéral a admis cette façon de procéder, qui permet de faire aussi bénéficier le lésé d'un intérêt sur les intérêts écoulés jusqu'au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale ³⁶⁵. Le calcul se présentait comme suit :

– perte de soutien capitalisée	fr. 20 770.–
– intérêts de 5% du 4 mars 1966 au 9 octobre 1970 (4 ans et 215 jours)	fr. 4 774.–
	fr. 25 544.–

avec intérêts à 5% dès le 9 octobre 1970 (jour du jugement cantonal).

Cette possibilité est souvent ignorée de la pratique ³⁶⁶, alors même que le Tribunal fédéral a confirmé sa jurisprudence ³⁶⁷.

³⁶¹ § 22 ch. 1 a.

³⁶² Art. 62 LCR rem. 2.6., 2 e.

³⁶³ Cf. les arrêts cités à note 358.

³⁶⁴ ATF 97 II 123 (134 c.9).

³⁶⁵ ATF 81 II 38 (49).

³⁶⁶ Même constatation, RUSCONI in TCS n° 6, p. 44 ch. 3.

³⁶⁷ ATF 97 II 123 (134).

Troisième partie : L'indemnité

Chapitre 14 : La détermination des dommages-intérêts

A. Généralités

Le dommage calculé, il reste à savoir si le responsable doit le réparer totalement ou en partie seulement. C'est le problème de la détermination des dommages-intérêts¹. En principe, le responsable doit réparer tout le dommage. En aucun cas, l'indemnité n'est supérieure au dommage ; parfois, elle lui est inférieure. Les articles 43 et 44 CO donnent les motifs de réduction des dommages-intérêts. Les principaux sont les suivants² :

- faute légère du responsable ;
- état de gêne du responsable ;
- faute propre de la victime ;
- revenu exceptionnellement élevé de la victime³ ;
- prédisposition de la victime ;
- autres facteurs à considérer dans le cadre du pouvoir d'appréciation du juge, notamment « les faits » dont le lésé est responsable.

La réduction de l'indemnité doit être fondée sur un de ces facteurs et dûment motivée. Le juge jouit du même pouvoir d'appréciation que pour calculer le dommage.

B. Perte de soutien

Ces motifs de réduction de l'indemnité s'appliquent aussi à la perte de soutien⁴.

1. *La faute propre du lésé* se rapporte soit à la survenance du dommage, soit à son aggravation (art. 44 al. 1 CO). On peut opposer à la personne soutenue qui fait valoir sa prétention, la faute du soutien (ainsi que tous les faits dont il est responsable⁵) ou sa propre faute⁶ (elle a par exemple omis d'appeler à temps un médecin).

¹ Cf. en particulier OFTINGER, § 7 (p. 261 s.) et la bibliographie.

² Pour de plus amples développements, cf. surtout OFTINGER, § 7 II (p. 263 s.).

³ RVJ 1968, p. 62 (68) = JT 1968 I 470 : revenu d'un représentant de produits de luxe ramené de 84 000 à 66 000 francs.

⁴ Cf. également infra § 42 A.

⁵ Cf. notamment ATF 46 II 154 (155–156), JT 1920 I 516 (517–518) ; 88 II 299 (305–306) ; 91 II 218 (223–224) ; 101 II 133 (137). Cf. également infra § 42 B 1.

⁶ Exemple : ATF 99 II 207 (213). En l'espèce, le Tribunal fédéral n'a pas réduit les dommages-intérêts pour perte de soutien alloués à la veuve, en vertu de l'art. 44 al. 1 CO, bien que l'artériosclérose

Lorsque des parents font valoir une perte de soutien, un défaut de surveillance (art. 333 CC) leur est opposable ainsi: le responsable répond de tout le dommage, mais il a un droit de recours contre les parents en tant que tiers co-auteurs du dommage (art. 51 CO, 18 LRC). Il peut donc s'opposer, au moyen d'une «exceptio doli generalis», au paiement de la partie du dommage qu'il pourrait exiger des parents en usant de son droit de recours⁷.

2. *La prédisposition constitutionnelle*⁸ est une des causes concurrente du dommage. Elle en facilite la survenance ou l'augmente et constitue en principe un facteur de réduction de l'indemnité⁹. Selon M. OFTINGER¹⁰, la réduction devrait être proportionnelle à la part de la prédisposition dans la cause (totale) du dommage.

La prédisposition peut également influencer le calcul du dommage. En cas de perte de soutien, elle joue un rôle dès qu'on admet par exemple qu'elle est la cause d'une espérance de vie réduite¹¹. Si la prédisposition a déjà été prise en considération dans le calcul du dommage, on ne peut pas en outre réduire l'indemnité¹². Toutefois, les circonstances nécessitent parfois que la prédisposition soit prise en considération deux fois: une fois dans le calcul du dommage (durée) et une fois dans la détermination de l'indemnité. Ce fut le cas dans l'arrêt du «juge tessinois»¹³. Le magistrat conduisait sa voiture malgré une grave maladie du cœur et décéda des suites d'un accident bénin. La motivation du Tribunal fédéral fut la suivante:

- Le dommage doit être calculé pour une durée de 5 ans, l'expertise médicale ayant fixé à 5 ans l'espérance de vie de la victime, à cause de la prédisposition.
- Il ne serait pas juste, dans la fixation de l'indemnisation «que le défendeur réponde de la totalité du dommage, alors que l'état de santé déficient de la victime l'exposait à une crise à n'importe quel moment et que le risque qu'elle

cérébrale et l'alcoolisme chronique (non imputable à faute) l'aient rendue plus rapidement incapable de travailler. «Dans la mesure où ces deux maladies ont été aggravées par le décès du mari, il s'agit d'une conséquence de l'accident dont répondent ses auteurs. Dans la mesure où elles étaient préexistantes, le mari en avait la charge en qualité de soutien.»

⁷ OFTINGER, § 5 II C (p. 168) et les arrêts qu'il cite à note 188.

⁸ C'est une espèce du cas fortuit.

⁹ Par exemple: ATF 80 II 348 (353–354), JT 1955 I 439 (440): chute avec des conséquences très graves dues en partie à une prédisposition. «Il y a là une circonstance purement fortuite et, suivant la jurisprudence (RO 66 II 173; JdT 1941 I 151), il ne serait pas équitable de mettre à la charge de l'auteur responsable de l'accident la réparation totale du dommage dont la cause doit être attribuée en partie à un élément fortuit. En pareil cas, il est juste de réduire en vertu des art. 43 et 44 CO les dommages-intérêts dus par le défendeur.»

¹⁰ § 7 II E ch. 7 (p. 280).

¹¹ Cf. supra la durée de l'entretien, chap. 10, spéc. § 29 C.

¹² ATF 66 II 165 (173–174), JT 1941 I 143 (151).

OFTINGER, § 7 II E ch. 7 (p. 280).

¹³ TF à Rep. 1966, p. 30 (39). Cet arrêt est également cité par CHÂTELAIN, in RSJB 105 (1969), p. 209 (218).

prenait en pilotant une voiture dans son état était la cause prépondérante du dommage»¹⁴. Le Tribunal fédéral a donc réduit (art. 44 al. 1 CO) les dommages-intérêts dus aux ayants droit de deux tiers, à cause de la prédisposition.

3. Ainsi que nous l'avons vu, le responsable doit, en principe, réparer la totalité du dommage subi par le lésé. Toutefois, certaines lois spéciales, notamment celles qui ont trait à la navigation aérienne et maritime et à l'utilisation pacifique de l'énergie nucléaire, fixent un montant maximum à l'étendue de la réparation¹⁵.

Chapitre 15 : La forme de l'indemnité

§ 36 Capital ou rente ?

Le dommage se répare en nature ou en espèces. L'indemnité pour perte de soutien est toujours fournie sous forme de rente ou de capital : art. 9 LRC, 36 al. 2 LIE, 43 al. 1 et 2 CO. Cette dernière disposition vaut également pour les lois qui, avec ou sans renvoi exprès, prescrivent ou permettent l'application des normes d'indemnisation du CO¹⁶.

A. Rente

La rente est une prestation pécuniaire périodique. Son montant et sa durée doivent correspondre au dommage, sauf si l'indemnisation est réduite. Le montant de la rente peut varier dans le temps, par exemple diminuer à un moment déterminé, parce que l'activité du soutien aurait diminué¹⁷, ou augmenter si l'enfant fait des études.

¹⁴ CHÂTELAIN, RSJB 105 (1969), p. 209 (218).

¹⁵ Par exemple :

- art. 49 mod. et 126 mod., LF du 23. 9. 1953 sur la navigation maritime... (NRS 747.30);
 - art. 64 al. 2 lettre *b* et 65, LF du 21. 12. 1948 sur la navigation aérienne (NRS 748.0);
 - art. 9 mod., Règlement de transport aérien du 3. 10. 1952 (NRS 748.411);
 - art. 12 al. 6, LF du 23. 12. 1959 sur ... l'énergie atomique... (NRS 732.0);
 - art. 22, Convention (de Varsovie) du 12. 10. 1929 (conc. le) transport aérien international (RS 13, 656), mod. par art. XI, Protocole (de La Haye) du 28. 9. 1955 portant modification de la convention ... (de) Varsovie (ROLF 1963, p. 664);
 - art. 6, Convention ... (conc. le) transport de passagers par mer, du 29. 4. 1961 (ROLF 1966, p. 1038);
 - art. 6, Convention additionnelle à la ... CIV, du 26. 2. 1966 (ROLF 1972, p. 2999), mod. par le Protocole II ... du 9. 11. 1973 (ROLF 1975, p. 312).
- Cf. surtout HANS RUDOLF WOLFENBERGER, *Die summenmässige Beschränkung der Haftung für Personenschaden* (thèse Zurich 1966).

¹⁶ OFTINGER, § 6 III E (p. 213).

¹⁷ STAUFFER/SCHAETZLE (§ 38) sont d'avis qu'il est parfois préférable, au vu des circonstances, d'allouer au conjoint survivant une rente *viagère* et *constante*. La rente sur deux têtes doit donc être convertie en rente viagère. Au sujet de la conversion : cf. STAUFFER/SCHAETZLE, § 38.

Comme le paiement d'une telle rente s'étend fréquemment sur de nombreuses années, le créancier risque de voir son débiteur devenir insolvable. Aussi, l'article 43 al. 2 CO contraint-il le juge à exiger du débiteur qu'il fournisse des sûretés¹⁸. Le juge fixe le genre et l'étendue des sûretés, ainsi que le délai pour les constituer¹⁹. La rente sera généralement mensuelle et payable à l'avance²⁰.

B. Capital

Le capital est une prestation pécuniaire unique égale à la valeur actuelle de la rente. La valeur actuelle (ou escomptée) d'une rente est le montant nécessaire pour en assurer le service²¹. Ce montant s'obtient en capitalisant la rente (cf. infra § 37). Le capital est payé immédiatement.

Pendant longtemps, la jurisprudence a admis que l'indemnisation en capital pouvait procurer un avantage au lésé²². Celui-ci pouvait notamment investir immédiatement le capital reçu à un taux d'intérêt intéressant ou se créer une nouvelle existence. Pour éviter que ce mode d'indemnisation n'avantage le lésé, la jurisprudence opérait une réduction du capital. Condamnant en 1934 les réductions schématiques, le Tribunal fédéral a répété qu'une réduction se justifiait uniquement si le capital offrait au bénéficiaire des avantages réels que le service d'une rente ne lui procurerait pas²³. La jurisprudence a depuis lors fait preuve de retenue²⁴: une réduction du capital n'est admise que si l'avantage réel paraît très probable²⁵. Il n'existe pas, sauf erreur, d'arrêts récents où on ait opéré de ce fait une réduction²⁶. Les auteurs qui se sont penchés sur ce problème s'accor-

¹⁸ L'art. 9 LRC laisse au juge le soin de prendre, le cas échéant, les mesures propres à assurer le paiement de la rente. On ne peut pas exiger, dans le cadre de la LRC, des sûretés des Chemins de fer fédéraux: ATF 40 II 68 (74), JT 1914 I 586 (590), cite par OFTINGER, § 6 III E (p. 241) n. 241.

Rappelons que l'art. 43 CO s'applique également à la LCR (art. 62 al. 1 LCR).

¹⁹ Cf. notamment à ce sujet OFTINGER, Das Fahrnispfand, Komm. ZGB (ZH 1952), sys. Teil n. 327 s.; § 6 III E (p. 214) et ses renvois à n. 242-245; VON TUHR PETER, § 19.

Sur le calcul des sûretés et sur le taux d'intérêt applicable, cf. STAUFFER SCHAETZLE, § 26 ch. 2.

²⁰ MARTI, p. 140-141; OFTINGER, § 6 III E (p. 214) et les renvois à n. 240.

²¹ Définition plus précise, STAUFFER SCHAETZLE, § 40 ch. 1.

²² Pour l'historique de cette question, cf. notamment STAUFFER SCHAETZLE, § 31.

²³ Entre autres: ATF 60 II 397 (398), JT 1935 I 232 (236); 69 II 268 (272), JT 1943 I 614 (616-617); 78 II 461 (465), JT 1953 I 470 (470-471) qui constatent que depuis l'arrêt 60 II 397, le Tribunal fédéral n'a plus opéré de réductions schématiques (cf. le texte allemand de l'arrêt p. 465); TF à JT 1954 I 440.

Le Tribunal fédéral avait déjà dit auparavant, notamment dans l'ATF 56 II 267 (269), JT 1931 I 41 (45) qu'il n'opérait plus de réduction schématique.

²⁴ Notamment: ATF 78 II 461 (465), JT 1953 I 470 (470-471).

²⁵ TF à JT 1954 I 440.

²⁶ Même constatation: STAUFFER SCHAETZLE, § 31 ch. 2; OFTINGER, § 6 III E b (p. 216).

Contra: STEIN, RSJ 67 (1971), p. 49 (51); BUSSY, TCS n° 5, p. 20, selon lesquels la réduction est toujours appliquée, mais d'une façon déguisée, par l'omission de considérer la dépréciation monétaire qui est censée être compensée par l'allocation d'un capital. A notre avis, il s'agit plutôt d'un correctif apporté à la méthode de capitalisation, dû au taux de capitalisation employé. Cf. également: ATF 60 II 397 (398), JT 1935 I 232 (236).

dent à dire que ces réductions ne se justifient plus²⁷. Les arguments qu'ils avancent sont suffisamment pertinents pour que nous puissions, sans autre explication, abonder dans leur sens.

C. Capital ou rente ?

1. Le juge détermine le mode de réparation d'après les circonstances de l'espèce. Il peut d'ailleurs combiner les deux modes d'indemnisation. L'article 9 al. 1 LRC prévoit expressément que le juge décide librement, sans être lié par les conclusions des parties. L'article 43 al. 1 CO laisse au juge le soin de déterminer le mode d'indemnisation et l'article 36 al. 2 LIE renvoie à l'appréciation du Tribunal. La question est controversée de savoir si, à défaut de dispositions contraires expresses, le juge est lié par les conclusions des parties (notamment à l'art. 43 al. 1 CO). A notre avis, le juge ne l'est pas²⁸ : il apprécie parfois mieux qu'elles leur intérêt à moyen et à long terme. C'est à lui de déterminer le mode d'indemnisation qui lui paraît le plus adéquat et de motiver son choix, surtout quand il s'écarte des conclusions des parties.

Malheureusement, lorsque le juge s'écarte de leurs conclusions, les parties peuvent toujours transiger après jugement et changer ainsi le mode d'indemnisation. Cette transaction est susceptible de s'avérer défavorable au lésé par les concessions qu'il pourrait être amené à faire.

2. En Suisse, depuis un certain temps, l'indemnité est fournie sous forme de capital. Les règlements de sinistres opérés par les compagnies d'assurances responsabilité civile ont certainement influencé cette évolution. Selon MM. STAUFFER et SCHAETZLE, un des derniers arrêts dans lesquels le Tribunal fédéral a alloué une rente a été rendu en 1955²⁹.

Pourtant, pour un dommage futur tel une perte de soutien, la rente semble être plus conforme au but de l'indemnisation³⁰. Elle répartit l'indemnité sur toute la période pendant laquelle le lésé aurait bénéficié des prestations de soutien. Elle n'est perçue que du vivant de l'ayant droit qui peut décéder prématuré-

²⁷ STEIN, RSJ 67 (1971), p. 49 (51); STAUFFER/SCHAETZLE, § 31 ch. 3; OFTINGER, § 6 III E b (p. 216).

Cet abattement est également rejeté en France: cf. LE ROY, n° 90.

²⁸ FEHR, p. 89s.; ENGEL, p. 341 et 347; DESCHENAUX TERCIER, § 22 ch. 5 (mais le juge ne doit user de son pouvoir d'appréciation qu'avec retenue); OFTINGER, § 6 III E c (p. 217).

Contra: STAUFFER/SCHAETZLE, § 29 ch. 2.

L'ancienne LRC (du 1^{er} juillet 1875) ne prévoyait pas expressément que le juge n'était pas lié par les conclusions des parties. En vertu de son art. 6, l'indemnité était fixée en capital ou sous la forme d'une rente, selon l'appréciation du Tribunal.

De même, TF à Sem. jud., 1958, p. 465 (473).

En France, les juges allouent l'indemnisation en la forme qui leur semble la plus appropriée, sans être liés par les conclusions des parties: cf. notamment G. DURRY, Rev. trim. dr. civil 1971, p. 654.

²⁹ ATF 81 II 159 (168), JT 1956 I 51 (58).

³⁰ C'était également l'opinion du Tribunal fédéral: ATF 54 II 294 (296), JT 1929 I 309 (311).

ment. Elle évite enfin les aléas d'une mauvaise gestion ou un investissement malheureux du capital.

La pratique préfère toutefois l'indemnité en capital, auquel on prête les avantages suivants, jugés décisifs³¹. Elle aurait pour effet de :

- régler définitivement le cas ;
- permettre à l'ayant droit d'améliorer plus aisément sa vie ou de s'en forger une nouvelle ;
- supprimer le risque d'insolvabilité du débiteur ;
- compenser, au moins en partie, la dévalorisation de la monnaie, par des placements en valeurs réelles et par l'emploi d'un faible taux de capitalisation.

Ce dernier argument l'emporte³². Il ne fait pas de doute que la forte inflation que nous venons de connaître prêterite gravement l'ayant droit qui touche une rente³³.

L'option actuelle semble définitive³⁴. C'est regrettable car, dans certains cas, l'octroi d'une rente est nettement préférable. C'est pourquoi nous allons examiner plus loin s'il est possible, dans ces cas, de trouver une solution meilleure (cf. infra § 39).

§ 37 Capitalisation

La capitalisation vise à convertir en un montant unique, payable immédiatement (capital), les rentes périodiques qui s'échelonnent sur une certaine durée. Pour déterminer ce capital, il faut tout d'abord fixer la rente qui correspond au dommage périodique : l'année étant l'unité de compte, on détermine généralement le dommage mensuel du lésé, puis on multiplie le montant par douze ; enfin, on capitalise la rente annuelle à l'aide des tables de MM. STAUFFER et SCHAETZLE³⁵.

A. Choix des tables

Lorsque la durée de l'entretien dépend de celle de l'activité du soutien, on capitalise la rente sur la base des *tables d'activité*.

Sinon, on procède sur la base des *tables de mortalité*.

³¹ Pour un examen plus approfondi de la question, cf. notamment OFTINGER (§ 6 III E c [p. 218 - 219]) et STAUFFER SCHAETZLE (§ 28). OFTINGER a mentionné une série de facteurs tirés de la jurisprudence et de l'expérience générale de la vie pour savoir quand il faudrait choisir l'une ou l'autre forme d'indemnisation. Selon cet auteur, l'allocation d'un capital présente plus d'avantages.

³² Entre autres, STAUFFER SCHAETZLE, § 28 ch. 4 ; OFTINGER, § 6 III E c ch. 8 (p. 218 in fine à 219).

³³ La pénalisation se trouve directement proportionnelle à l'inflation.

³⁴ En effet, on ne semble même plus se demander si cette forme d'indemnisation est effectivement préférable dans le cas particulier. Même constatation. STAUFFER SCHAETZLE, § 28 ch. 4.

³⁵ Supra, la durée de l'entretien, chap. 10.

B. Rentes combinées sur plusieurs têtes³⁶

Alors qu'on admettait que la durée d'activité se confondait avec la durée de vie³⁷, on partait déjà du principe que le soutien aurait fourni l'entretien pendant la durée probable de sa vie, mais au plus jusqu'au décès de l'ayant droit. On en concluait que la rente devait être capitalisée sur la base de la durée de vie (du soutien ou de l'ayant droit) la plus courte. La capitalisation se faisait donc sur une tête³⁸.

M. MOSER³⁹ a critiqué cette façon de capitaliser, car elle ne tenait pas compte du fait que la personne qui a la plus grande probabilité de vie peut décéder la première, et ceci pouvait provoquer des erreurs de taille⁴⁰. L'entretien n'est pas fourni jusqu'au décès de la personne qui a la probabilité de vie la plus faible, mais jusqu'au décès de celui qui meurt le premier.

Sensible aux critiques de M. MOSER, le Tribunal fédéral a changé sa jurisprudence en 1951⁴¹. La capitalisation se fonde dorénavant sur la probabilité de vie du soutien *et* sur celle de la personne soutenue. L'entretien n'étant fourni que jusqu'au décès de l'un d'eux⁴², la rente se capitalise donc sur deux têtes⁴³ et dépend en définitive de la durée de vie de la personne soutenue et de la durée d'activité (ou de vie) du soutien.

Lorsqu'il y a plusieurs ayants droit et que la part d'entretien fournie à l'un varie en fonction de la part fournie aux autres, doit-on capitaliser la rente sur trois têtes ou plus? Selon MM. STAUFFER et SCHAETZLE⁴⁴, l'opération serait trop compliquée: «Les calculs doivent être remplacés par des évaluations... Il est peut-être utile de se référer à la manière de calculer de la Caisse nationale – CNA – pour les «rentes familiales»: tant que les diverses rentes sont réduites, on calcule une annuité temporaire, puis on opère avec des rentes différées...⁴⁵»

³⁶ En allemand: «Verbindungsrente» ou «Rente auf verbundene Leben».

³⁷ § 29 A 1.

³⁸ ATF 69 II 25 (25–26);

On appelle rente sur une tête, celle dont la durée dépend de la vie (...) d'une personne; rente sur deux têtes, celle dont la durée dépend de la vie (...) de deux personnes; etc.

³⁹ P. 63 s.

⁴⁰ P. 65: pour des époux âgés et sans enfants, la différence peut dépasser 30%. Cf. également STAUFFER/SCHAETZLE, § 37.

⁴¹ ATF 77 II 40 (41).

⁴² C'est donc «une rente sur la vie la plus courte» (STAUFFER/SCHAETZLE, § 41 ch. 1).

⁴³ L'ouvrage de STAUFFER SCHAETZLE contient des tables pour capitaliser une rente sur deux têtes.

⁴⁴ § 45 ch. 2.

⁴⁵ Dans l'ATF 90 II 79 (84–85), la Cour cantonale, renonçant à capitaliser des rentes sur trois têtes et plus, avait procédé par estimation. Le Tribunal fédéral n'a pas eu l'occasion de se prononcer à ce sujet. Il a renvoyé la cause à la juridiction cantonale pour qu'elle complète ses constatations de fait.

C. Perte immédiate – Perte différée

1. En cas de *perte immédiate*, la rente prend cours sans délai. On capitalise donc une *rente immédiate*⁴⁶. Lorsque la rente prend fin, après un nombre déterminé d'années, elle est dite *temporaire*.

2. En cas de *perte différée*, la rente naît seulement après un certain nombre d'années : on capitalise donc une *rente différée*⁴⁷. La capitalisation s'effectue sur la base d'autres tables que celles des rentes immédiates, car il faut escompter le capital versé sur le champ jusqu'au moment où il devrait théoriquement être versé.

D. Taux de l'intérêt pour la capitalisation des rentes⁴⁸

Le montant de l'indemnité versée sous forme de capital correspond à la valeur *actuelle* ou *d'escompte* des rentes que la personne soutenue devrait toucher à l'avenir. Cette valeur est inférieure au total des annuités, car le capital destiné au service des rentes décroît à chaque échéance de la rente. Il est donc théoriquement consommé par fractions ou par tranches. Or, le solde décroissant du capital porte des intérêts. Comme le capital est versé immédiatement à l'ayant droit, il faut déduire du capital la somme de ces intérêts, simples et composés, pour que l'ayant droit ne touche pas, par le jeu des intérêts, un montant supérieur au total des rentes. C'est pourquoi, lors de la capitalisation, on procède à un *es-compte* correspondant à ces intérêts⁴⁹.

Taux de l'intérêt de capitalisation. Plus il est bas, plus la valeur actuelle de la rente croît ; plus il est élevé, plus le capital diminue. L'ayant droit a donc avantage à recourir au taux de capitalisation le plus bas, et le responsable, au taux le plus élevé.

Depuis 1946⁵⁰, ce taux est de 3¹ 2⁰ %. Certains auteurs ont récemment proposé

⁴⁶ La rente est immédiate lorsque le calcul est effectué au début de l'intervalle associé au premier terme.

⁴⁷ La rente est différée lorsque le calcul est antérieur à l'intervalle associé au premier terme.

⁴⁸ Cf. en particulier, STAUFFER, SCHAETZLE, § 48.

⁴⁹ Exemple : X doit à Y, pendant 2 ans, 1000 francs, payables au début de chaque année. Le taux d'intérêt de l'argent est par hypothèse de 5%.

Si X verse immédiatement à Y les 1000 francs qu'il lui doit pour la 2^e année, Y bénéficie pendant une année d'un intérêt de 5% sur cette somme, de sorte qu'il a en fait, au début de la 2^e année, 1050 francs. Or, X ne doit à Y que 1000 francs. Il doit donc lui donner une somme appelée *x* qui, augmentée d'un intérêt de 5% pendant une année, représente 1000 francs au début de la 2^e année. Dans notre exemple, X devra donner à Y :

$$x + 5x = 1000$$

$$100$$

$$105x = 100000$$

$$x = 952 \text{ fr. } 38$$

⁵⁰ ATF 72 II 132 (134).

Sur l'évolution antérieure du taux de capitalisation, cf. notamment PICCARD, RSJ 54 (1958),

de l'élever à 4%, vu la situation du marché de l'argent⁵¹. En 1970, le Tribunal fédéral a décidé de maintenir ce taux à 3 ½ %, malgré la hausse du loyer de l'argent et la dépréciation de la monnaie⁵². A son sens, la situation momentanée du marché de l'argent n'est pas déterminante, mais son évolution probable à longue échéance. La capitalisation règle en effet une situation qui doit normalement durer. Si le loyer de l'argent a beaucoup augmenté en Suisse depuis quelques années, son évolution n'est guère prévisible «de sorte que le mouvement relevé n'est, actuellement tout au moins, pas décisif et ne justifie pas une augmentation du taux de capitalisation». La situation présente confirme la perspicacité du Tribunal fédéral.

Récemment, notre Haute Cour a retenu le taux de capitalisation de 4% fixé par la juridiction cantonale et accepté par les parties (les victimes étaient des étrangers, les ayants droit résidaient hors de Suisse)⁵³. Dans ses derniers arrêts, le taux de l'intérêt est de nouveau de 3 ½ %⁵⁴.

Le taux de 3 ½ % avantage, actuellement, les ayants droit. On considère qu'il compense dans une certaine mesure l'érosion du pouvoir d'achat de la monnaie⁵⁵. Ce taux n'est pas intangible: si l'on arrivait à la conclusion qu'à long terme il ne compense plus suffisamment la dépréciation de la monnaie, il faudrait l'abaisser à 3,25%, ...⁵⁶.

E. Date de la capitalisation

Autrefois, le Tribunal fédéral appliquait à la perte de soutien et à l'invalidité permanente la même méthode de capitalisation. Il calculait le dommage concrètement jusqu'au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale, en additionnant les rentes périodiques (avec les intérêts correspondants); puis il calculait abstraitement le dommage postérieur en capitalisant une rente sur deux têtes.

p. 65s., traduit au JT 1958 I 162–166, Du taux applicable à la capitalisation des prestations périodiques.

⁵¹ Notamment ENGEL, p. 348.

⁵² ATF 96 II 446 (446–447) où le Tribunal fédéral motive sa position.

⁵³ ATF 97 II 123 (133): Par sa formulation, cet arrêt semble admettre que le Tribunal fédéral ne revoit pas le taux d'intérêt s'il n'est pas remis en cause par les parties; 101 II 257 (262–263).

⁵⁴ ATF 101 II 346 (353); implicitement 102 II 90 (95).

⁵⁵ ATF 96 II 446 (446–447).

SZÖLLÖSY, Die Berechnung des Invaliditätsschadens im Haftpflichtrecht europäischer Länder, Zurich 1970: traduction française par ROBERT-TISSOT: L'évaluation du dommage résultant de l'invalidité dans divers pays européens (Zurich 1974), p. 263 de l'édition française; STEIN RSJ 67 (1971), p. 49 et 51; STAUFFER/SCHAETZLE, § 48 et RSJ 71 (1975), p. 120; OFTINGER, § 6 III G (p. 224). Selon STAUFFER/SCHAETZLE (RSJ 71 [1975], p. 120), le taux de capitalisation de 3 ½ % compensait en 1975 un renchérissement de 4%. Cet avis est repris par le Tribunal fédéral: ATF 101 II 346 (352). Selon SZÖLLÖSY (RSJB 112 [1976], p. 20 [34]), ce taux compensait un renchérissement de 3 à 3 ½ %. Les chiffres différents avancés par ces auteurs montrent bien que la compensation du renchérissement qu'opère le taux de capitalisation varie selon le moment auquel on se place.

⁵⁶ STAUFFER/SCHAETZLE, § 23; SZÖLLÖSY, RSJB 112 (1976), p. 20 (34–35).

tes à partir des âges atteints à cette date⁵⁷. Il a révisé sa jurisprudence en 1958, pour ne plus négliger l'éventualité que le soutien, abstraction faite de l'accident, aurait pu décéder ou devenir invalide entre la date de l'accident et celle du jugement : il capitalise désormais la perte de soutien *dès le jour du décès du soutien*⁵⁸. Les résultats obtenus par les deux méthodes diffèrent sensiblement, si le soutien est âgé ou si le procès se prolonge⁵⁹, ce qui n'est pas rare.

Toutefois, faire du jour du décès la date déterminante pour la capitalisation présente un inconvénient : on néglige le fait que la personne soutenue est en vie au moment du jugement. Toutefois, selon le Tribunal fédéral, l'octroi d'un intérêt réparatoire de 5%, donc supérieur au taux de capitalisation, compense presque toujours totalement ce fait⁶⁰.

*F. Calcul de l'âge*⁶¹

L'âge déterminant pour la capitalisation est celui que le soutien et l'ayant droit avaient au jour du décès du premier. Ce jour ne tombe pas nécessairement sur l'anniversaire des deux personnes. Or, les tables de MM. STAUFFER et SCHAETZLE n'utilisent que les années complètes. Quel âge faut-il donc prendre comme base de capitalisation ?

L'âge «qui détermine le coefficient donné par les tables est celui qui correspond au plus proche anniversaire de la naissance»⁶². Ainsi, on arrondit l'âge à une année complète. Si le décès a eu lieu dans les 6 mois qui suivent le dernier anniversaire du soutien ou de la personne soutenue, on arrondit l'âge vers le bas. S'il a lieu dans les 6 mois qui précèdent le nouvel anniversaire, on arrondit vers le haut.

⁵⁷ Cf. notamment ATF 77 II 40 passage publié in Sem. jud. 1951, p. 417 (419).

⁵⁸ ATF 84 II 292 (300), JT 1959 I 444 (445); 90 II 79 (84); 95 II 411 (418); 97 II 123 (131); 99 II 207 (211); 101 II 346 (351). Cf. supra chap. 8.

⁵⁹ Le Tribunal fédéral le démontre dans l'ATF 84 II 292 (300) à l'aide de deux exemples tirés de la 2^e éd. des tables de STAUFFER et SCHAETZLE.

Si le jugement de la dernière juridiction cantonale a lieu 4 ans après l'accident, la différence est de :

10% pour un homme de 60 ans et une femme de 50 ans ;

20% pour un homme de 69 ans et une femme de 50 ans.

Cf. également STAUFFER SCHAETZLE (§ 46 ch. 3 b) : ils donnent notamment un tableau pour tenir compte, lorsque l'on capitalise au jour du décès, de l'éventualité que la victime aurait eue, si elle avait survécu, de décéder ou de devenir invalide avant le jour du jugement de la dernière juridiction cantonale.

⁶⁰ ATF 84 II 292 (300), JT 1959 I 444 (445).

STAUFFER et SCHAETZLE (§ 46, exemple 47 c) partagent cette opinion. Il serait plus exact de dire que le changement de jurisprudence de l'ATF 84 II 292 (300) était dû au fait que le Tribunal fédéral adoptait leur opinion.

⁶¹ Cf. STAUFFER/SCHAETZLE, § 46 ch. 1.

⁶² ATF 96 II 355 (367); 77 II 152 (153), JT 1951 I 477.

MM. STAUFFER et SCHAETZLE⁶³ relèvent qu'il faudrait se fonder pour un calcul exact «sur l'âge du défunt au jour de son décès et sur l'âge de la personne soutenue au jour du calcul. Pour la période intermédiaire, il faudrait donc prévoir une rente sur la tête du soutien; pour le dommage futur, on devrait capitaliser une rente sur deux têtes (en tenant compte de la probabilité que le soutien aurait survécu, en étant actif, au début de la rente). Le procédé est cependant presque toujours irréalisable, à moins qu'il ne soit fait appel à un actuair».

G. Montant arrondi

La jurisprudence arrondit en principe par le bas le montant obtenu par la capitalisation⁶⁴. Cette correction ne se justifie plus maintenant qu'on capitalise à l'aide de la 3^e édition des tables de MM. STAUFFER et SCHAETZLE⁶⁵.

Chapitre 16 : L'influence de la dépréciation de la monnaie

La dépréciation de la monnaie menace la valeur réelle des dommages-intérêts alloués en réparation d'un dommage futur⁶⁶, particulièrement en cas de perte de soutien, puisqu'un tel dommage porte généralement sur une longue durée. Doit-on prendre en considération la dépréciation de la monnaie? Si la question semble sans grande importance quand le taux d'inflation est faible, elle devient fondamentale en présence d'un renchérissement accéléré du coût de la vie.

§ 38 Dépréciation antérieure au jugement de la dernière juridiction cantonale (ou à la transaction)⁶⁷

La dépréciation de la monnaie survenue entre le jour du décès et celui du jugement de la dernière juridiction cantonale doit être prise en considération⁶⁸. Il en va de même lorsque la réparation du dommage se règle par une transaction

⁶³ § 46 ch. 3 a.

⁶⁴ ATF 86 II 7 (12) qui en donne les raisons; 99 II 207, passage publié in Sem. jud. 1974, p. 241 (248).

⁶⁵ En effet, la 3^e éd. ne diminue plus de moitié les probabilités d'invalidité de l'A. I. (STAUFFER SCHAETZLE, § 35 ch. 4 e).

⁶⁶ Ce n'est pas le dommage qui varie, mais la valeur exprimée en monnaie du montant nécessaire à le réparer.

⁶⁷ C'est à ce moment-là que devrait être calculée la perte de soutien. Cf. supra chap. 8.

⁶⁸ ATF 89 II 56 (63); 101 II 257 (261) assez évasif: «... compte tenu d'un certain renchérissement...».

RSJ 67 (1971), p. 9 (10) = ZR 69 (1970), n° 141, p. 371 (374), résumé in JT 1971 I 436, cité ci-après RSJ.

STEIN, RSJ 67 (1971), p. 49 (50); OFTINGER, § 6 III G (p. 223); STAUFFER SCHAETZLE, RSJ 71 (1975), p. 120.

extra-judiciaire entre le lésé et le responsable ou son assureur. Les montants en cause ne sont pas négligeables en période de forte inflation ou quand la date du décès du soutien et celle de la réparation du dommage sont éloignées. Simple-ment faut-il veiller à ne pas tenir compte deux fois de la dépréciation monétaire dans la capitalisation des dommages-intérêts⁶⁹.

§ 39 Dépréciation postérieure au jugement de la dernière juridiction cantonale (ou à la transaction). Rentes indexées

Le Tribunal fédéral⁷⁰ et la doctrine dominante⁷¹ refusent de tenir compte de cette dépréciation future de la monnaie, par le double motif qu'un supplément destiné à compenser la dépréciation monétaire ne serait pas compatible avec le nominalisme qui domine en matière de dettes d'argent et qu'il est impossible de prévoir la dépréciation future de la monnaie.

Ils recourent à des palliatifs : l'octroi d'un capital (et non d'une rente), ce qui permet au lésé de compenser au moins partiellement le renchérissement⁷² par des placements en valeurs dites réelles, et l'emploi d'un taux de capitalisation relativement bas, avantageux pour le lésé⁷³. Aux yeux de ces auteurs et du Tribunal fédéral, ces deux palliatifs compensent suffisamment le renchérissement⁷⁴. Selon M. OFTINGER⁷⁵, le lésé ne jouit pas d'une protection suffisante contre la dépréciation de l'argent. A son avis, mieux vaudrait tenir compte d'une compensation de renchérissement (« Teuerungsausgleich ») lorsqu'on fixe le revenu déterminant (cf. supra § 18) et allouer un capital. Les Tribunaux devraient ordonner des études leur permettant de déterminer concrètement le pourcentage de cette compensation. On tiendrait compte, pour les revenus indépendants, d'une augmentation correspondante des gains. Pour M. MERZ⁷⁶, il

Contra : ATF 99 II 207 (211) : d'une part, la perte de soutien doit être calculée d'une façon abstraite au jour du décès, d'autre part, la jurisprudence a maintenu un taux de capitalisation très bas (3½%).

Nous avons déjà vu que, contrairement à l'opinion du Tribunal fédéral, la perte de soutien devrait être calculée au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale.

⁶⁹ En effet, le taux de capitalisation employé peut lui-même compenser un *certain* renchérissement (cf. supra § 37 D), qui doit être déduit du renchérissement effectif.

⁷⁰ ATF non publiés Charrière c. Gischwind, du 7 février 1956 et Sedleger et cons. c. Schnyder, du 27 février 1958, cités par STAUFFER et SCHAETZLE, § 23. L'arrêt Sedleger est également cité par THILO, in JT 1958 I 450. ATF 91 II 425 (428), JT 1966 I 448 (452); 96 II 446 (447).

Cf. également RSJ 67 (1971), p. 9 (10).

⁷¹ SZÖLLÖSY, op. cit. § 37 n. 55, p. 104 (éd. française); STAUFFER/SCHAETZLE, § 23.

Critique : STEIN, RSJ 67 (1971), p. 49 (50s.).

⁷² RSJ 67 (1971), p. 9 (10) : le capital ne peut pas être placé en valeurs réelles tant qu'il n'a pas été payé. Donc le renchérissement effectif doit être pris en considération au moins jusqu'au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale.

⁷³ ATF 96 II 446 (447); 101 II 346 (352).

⁷⁴ STAUFFER SCHAETZLE, RSJ 71 (1975), p. 120, et § 23, § 28 ch. 4 et § 48; SZÖLLÖSY, RSJB 112 (1976), p. 20 (36).

⁷⁵ § 6 III G (p. 225).

⁷⁶ RSJB 100 (1964), p. 483-484, et Komm. ZGB (Berne 1962), art. 2 CC n. 207-209.

faut allouer une rente indexable («*zugänglich*»), si l'on veut tenir compte du renchérissement. M. BUSSY⁷⁷ pense que le système de loin le meilleur serait l'allocation de rentes indexées.

Il manque, à l'heure actuelle, «*ein anerkannter adäquater Ausweg*»⁷⁸ pour prendre en considération la dépréciation éventuelle de l'argent. Une étude approfondie et générale de ce problème sortirait du cadre de notre travail et c'est pourquoi nous n'en abordons que quelques aspects en rapport avec la perte de soutien⁷⁹.

Le 23 mars 1972, le Tribunal fédéral a admis le principe de l'indexation de la contribution à l'entretien des enfants nés hors mariage⁸⁰. Le 11 juillet 1974, il a également reconnu le principe de l'indexation des pensions ou rentes des articles 152 et 151 alinéa premier CC, allouées à l'épouse divorcée, pour autant qu'elles représentent la compensation du droit à l'entretien⁸¹. Une indexation n'est admise que s'il faut s'attendre à ce que les revenus du débiteur soient régulièrement adaptés au coût de la vie. Dans l'arrêt de 1974, la deuxième Cour civile du Tribunal fédéral remarque que le problème de l'indexation des rentes risque bien de se poser également dans le domaine de la responsabilité civile:

«Si jusqu'à présent, l'indexation des rentes n'était pas usuelle dans le reste du droit des dommages-intérêts, il faut remarquer que l'on octroie rarement des rentes dans ce domaine, mais beaucoup plus souvent des indemnités en capital... Toutefois, si l'allocation de rentes entre en ligne de compte, la question de leur indexation se posera également (MERZ, n. 209 ad art. 2 CC)» (JT 1976 I 38 [47]).

L'article 286 al. 1 CC (nouveau) consacre cette jurisprudence.

En France, revisant sa jurisprudence et mettant fin à une longue controverse jurisprudentielle et doctrinale, la Cour de Cassation a admis l'indexation des rentes allouées à des victimes d'accidents dans deux décisions très importantes rendues par une Chambre mixte le 6 novembre 1974⁸².

⁷⁷ TCS n° 5, p. 33s., 44.

Cet auteur examine d'ailleurs d'autres solutions pour parer à la dévaluation de la monnaie.

⁷⁸ OETINGER, § 6 III G (p. 223).

⁷⁹ SZÖLLÖSY, in RSJB 112 (1976), p. 20 (23-29), procède à un survol comparatif sur la prise en considération du renchérissement pour les cas d'invalidité et de perte de soutien dans divers pays d'Europe de l'Ouest.

⁸⁰ ATF 98 II 257, résumé in JT 1973 I 363.

RSJB 110 (1974), p. 413, 475.

RSJ 69 (1973), p. 263, 378.

HINDERLING, Das schweizerische Ehescheidungsrecht, supplément, (Zurich 1973), p. 91s.

GUINAND, Le problème de l'indexation des pensions alimentaires in RSJB 111 (1975), p. 321-337.

⁸¹ ATF 100 II 245, JT 1976 I 38; RSJB 112 (1976), p. 52s.

⁸² Gaz. Pal. 1974, 2, J, 868 n. J.-G. M.

D. S. 1974, 2, I, R. 256.

JCP 1975, II, 17978, concl. GÉGOUT, n. R. SAVATIER.

Rev. trim. dr. civil 1975, p. 114s. (DURRY).

MAX LE ROY et HENRI MARGEAT, Indexation et revalorisation des rentes droit commun allouées en réparation d'un accident, à Gaz. Pal. 1975, I, Doctrine, 131s. Ces auteurs concluent leur article

Personne ne conteste que la dépréciation continue de la monnaie diminue le pouvoir d'achat des bénéficiaires de dommages-intérêts et qu'il faut compenser cette dépréciation pour ne pas les pénaliser injustement et gravement. Les avis divergent uniquement quant à la façon de compenser cette dépréciation.

Pour l'opinion dominante, il faut allouer un capital, même lorsqu'une rente servirait mieux les intérêts du lésé. Cette fixité nous paraît regrettable. L'article 43 CO laisse au juge le soin de déterminer d'après les circonstances le mode de réparation le plus adéquat⁸³: *l'intérêt du lésé détermine seul son choix*. Or, actuellement, l'intérêt du lésé semble être devenu tout à fait secondaire, supplanté par la nécessité de défendre le pouvoir d'achat de la monnaie. Pourtant, il est des cas où l'allocation d'une rente est préférable: nous les mentionnerons plus loin. Refuser alors au lésé cette forme d'indemnisation est contraire au but poursuivi par la loi.

Malheureusement, la rente se déprécie par l'écoulement du temps (malgré une inflation momentanée très faible). Il faut donc l'indexer⁸⁴. La nature de la perte de soutien, le but de la responsabilité civile et les raisons pour lesquelles le Tribunal fédéral a admis l'indexation des pensions alimentaires militent en faveur de l'adoption de cette solution. Elle donne à nouveau au juge la liberté de choisir in casu le mode de réparation le plus adéquat et supprime ainsi l'automatisme actuel en faveur du capital, qui est contraire à l'article 43 CO. Elle s'inscrit d'ailleurs dans le mouvement général d'indexation que connaît notre société.

M. GUINAND⁸⁵ et le Tribunal fédéral⁸⁶ proposent d'utiliser comme indice d'indexation celui des prix à la consommation calculé chaque mois par l'OFIAMT. La Cour de Cassation française laisse au juge le choix de l'indice pour

sur cette remarque: «Nul ne doit perdre de vue que les arrêts du 6 novembre contiennent avant tout un appel à la solidarité en faveur des gens cruellement éprouvés.»

À la suite de ces deux arrêts, le législateur français a réglé la question de la revalorisation des rentes par une loi du 27 décembre 1974 (L. n° 74 1118), entrée en vigueur le 1. 1. 1975, dont l'application se limite toutefois au préjudice causé par un véhicule terrestre à moteur. Une brève présentation de cette loi est faite par DURRY, in *Rev. trim. dr. civil* 1975, p. 114 (116).

⁸³ Cf. supra, § 36 C.

⁸⁴ Vu qu'il n'est pas possible de «réviser» les rentes au bout d'un certain temps.

À la vérité GUYER (in *NJW* 1974, p. 1170s.) propose un moyen pour capitaliser les «rentes dynamiques», c'est-à-dire celles qui tiennent compte de l'évolution des prix et des salaires (*Kapitalisierung dynamischen Renten*).

Les économistes admettent qu'il est impossible de prévoir cette évolution à moyen et à long terme et même parfois à court terme, sans encourir des risques d'erreur considérables.

Cf. en Suisse au sujet de la dynamisation et de l'indexation des rentes AVS AI, Le Message du Conseil fédéral à l'Assemblée fédérale concernant la 9^e révision de l'assurance-vieillesse et survivants, du 7 juillet 1976, FF 1976, III, p. 1s. (10s.).

⁸⁵ RSJB, art. cité à n. 80, 111 (1975), p. 321 (324).

⁸⁶ ATF 98 II 257 (260), JT 1973 I 363 (365).

«Il est généralement admis aujourd'hui que l'indice des prix à la consommation reflète l'évolution du coût de la vie».

L'Annuaire statistique de la Suisse reproduit cet indice.

l'indexation des rentes indemnitaires⁸⁷. Il faut, selon nous, indexer la rente à l'indice des prix à la consommation si le salaire du soutien aurait été lui-même indexé. Il faudrait également prévoir une modification de la rente de base en fonction de l'évolution probable des parts (§ 21), comme cela se fait en matière de divorce.

Exemple en cas de rente allouée à un enfant :

- jusqu'à l'âge de 6 ans y compris : rente 300 indexée ;
- jusqu'à l'âge de 12 ans y compris : rente 350 indexée ;
- jusqu'à l'âge de 18 ans y compris : rente 400 indexée.

L'indexation devrait s'actualiser uniquement lorsque l'indice de référence varie d'un certain nombre de points⁸⁸. La clause d'indexation doit être rédigée clairement et le plus simplement possible, afin d'éviter des contestations ultérieures⁸⁹.

Comme nous l'avons déjà dit, la possibilité offerte au juge d'indexer les rentes lui permet de choisir le mode d'indemnisation qui lui paraît le plus adéquat (art. 43 CO). A notre avis, il ne devrait recourir que subsidiairement à ce mode d'indemnisation. En effet, il ne faut pas perdre de vue que l'octroi d'un capital présente certains avantages : il met fin définitivement aux rapports entre la personne soutenue et le responsable ou son assureur, supprime le problème des sûretés (principalement lorsqu'il n'y a pas d'assureur derrière le responsable) et, surtout, permet à la personne soutenue de se refaire une existence. Toutefois, l'octroi d'une rente indexée nous paraît préférable lorsque :

- l'ayant droit a une espérance de vie réduite, selon les experts (il peut toutefois vivre plus longtemps) ;
- la durée de formation ou d'études de l'ayant droit ne peut pas être supputée avec une précision suffisante, parce qu'il est encore enfant⁹⁰, etc. ;
- un mariage de la fiancée ou un remariage du conjoint survivant paraît suffisamment probable.

Il est possible d'octroyer l'indemnité en partie sous forme de capital, et en partie sous forme de rente indexée. C'est même parfois la meilleure solution.

Les compagnies d'assurance qui préféreraient naguère la rente, penchent aujourd'hui pour le capital. Elles objectent à l'indexation des rentes, comme certains auteurs, que ce système favoriserait l'inflation, conduirait à une augmentation des primes d'assurances et ferait supporter aux générations futures le

⁸⁷ DURRY, in Rev. trim. dr. civil 1975, p. 117.

⁸⁸ Cf. à ce sujet ce qui vaut en matière de pensions alimentaires.

⁸⁹ Cf. à titre d'exemple, Revue du droit de tutelle 1974, p. 140, Indexierung von periodischen Leistungen in familienrechtlichen Urteilen.

⁹⁰ Cela nous semble préférable à la réduction que le Tribunal fédéral a opérée dans l'ATF 65 II 250 (256), JT 1940 I 436 (437) sur l'indemnité allouée à un enfant de 10 ans et demi dont il n'est pas certain qu'il aurait fait des études supérieures.

poids des dommages causés par la génération actuelle⁹¹. Ces objections ne sont pas décisives. Certes, l'indexation des rentes a un effet inflationniste, mais l'injection en une fois sur le marché d'un capital souvent considérable a également un effet inflationniste. L'indexation des rentes, limitée aux cas que nous avons mentionnés, ne devrait pas conduire à une augmentation des primes. Le responsable ou son assureur bénéficieraient d'ailleurs du décès ou du remariage de l'ayant droit, comme de la fin anticipée de la formation ou des études de celui-ci. En France, les mêmes objections soulevées par les assureurs et reprises par certains auteurs⁹², n'ont pas empêché la Cour de Cassation de franchir le pas. «Ce qui importe, c'est la volonté de résoudre le problème dans les seuls termes qui soient compatibles avec les intérêts des victimes. Si cette volonté existe, tous les problèmes techniques recevront une solution», écrivait M. DURRY⁹³ avant que la Cour de Cassation ne revisât sa jurisprudence. M. BUSSY⁹⁴ pense qu'il est peu probable «que la jurisprudence instituera un jour le système des rentes indexées, sauf texte législatif». Espérons que son pessimisme se révélera mal fondé, au moins pour les quelques cas où nous proposons l'allocation d'une rente indexée.

Il est intéressant de savoir que la CNA alloue à ses rentiers des allocations de renchérissement⁹⁵, actuellement financées entièrement par la part des réserves mathématiques devenues disponibles à la suite de l'augmentation du taux d'intérêt technique (de 2 ½ % à 3 ¼ %) ⁹⁶.

En Allemagne, les dommages-intérêts doivent en principe être fournis sous forme de rente (§ 844 al. 2 BGB). L'article 323 ZPO permet de solliciter une modification de la rente («Abänderungsklage») s'il se produit une modification importante des circonstances qui avaient été déterminantes lors du jugement, par exemple la diminution du pouvoir d'achat de la monnaie⁹⁷.

En Autriche, le § 1327 ABGB ne dit rien de la forme dans laquelle l'indemnité doit être fournie. Toutefois, l'opinion est unanime⁹⁸ à accorder, en principe, l'indemnité sous forme de rente: le devoir d'entretien aurait également été accompli sous cette forme. «Bei wesentlicher Geldentwertung kann überdies auch

⁹¹ Cf. récemment SZÖLLÖSY, in RSJB 112 (1976), p. 20 (spec. p. 36s., 40); B. VIRET, commentant dans la RSA 42 (1974-1975), p. 386, 387, l'article de Bussy in TCS n° 5.

⁹² Cf. notamment DURRY, Rev. trim. dr. civil 1974, p. 157 (158-159) et les renvois.

⁹³ Rev. trim. dr. civil 1974, p. 157 (159).

⁹⁴ TCS n° 5, p. 34.

⁹⁵ Art. 1 et 2 de la LF relative au paiement d'allocations de renchérissement aux rentiers de la Caisse nationale suisse d'assurance en cas d'accidents et du service du travail, militaire ou civil, du 20 décembre 1962.

⁹⁶ Résultats de la statistique des accidents de la onzième période quinquennale 1968-1972 publiés par la CNA.

⁹⁷ STAUDINGER/SCHÄFER, § 843 BGB n. 199.

⁹⁸ D'après KOZIOL, II, p. 131.

bezüglich der schon zugesprochenen Renten eine Aufwertung verlangt werden⁹⁹.»

En Italie, l'article 2057 CCit. permet d'allouer les dommages-intérêts sous forme de rente. En réalité, l'indemnité est fournie, en principe, sous forme de capital, vu les avantages qu'offre ce mode d'indemnisation et le refus qu'oppose la Cour de Cassation à l'indexation des rentes¹⁰⁰.

En France, le versement d'un capital a été pendant longtemps le mode habituel de la réparation des dommages causés aux personnes. L'indexation des rentes, admise récemment par la Cour de Cassation¹⁰¹, pourrait bien modifier cette habitude.

Chapitre 17 : L'insaisissabilité. La compensation

Comme les «pensions et capitaux dus ou versés à la victime et à sa famille à titre d'indemnité pour lésions corporelles ou pour préjudice à la santé»¹⁰² (art. 92 ch. 10 LP), l'indemnité allouée pour perte de soutien est absolument insaisissable¹⁰³. Elle ne peut donc être l'objet d'un sequestre (art. 275 LP), ni entrer dans la masse en faillite (art. 197 al. 1 LP). L'article 92 ch. 10 LP ne limite pas l'insaisissabilité à ce qui est indispensable au débiteur et à sa famille¹⁰⁴. Peu importe qu'il s'agisse d'une indemnité légale ou contractuelle¹⁰⁵. En cas de cumul d'indemnités contractuelle et légale, par exemple pour perte de soutien et découlant d'un contrat d'assurance sur les accidents¹⁰⁶, toutes les deux sont insaisis-

⁹⁹ KOZIOL, II, p. 132 et ses renvois à n. 104.

¹⁰⁰ Cf. notamment BONVICINI, t. II, p. 1081 s., § 446; LAGOSTENA BASSI-RUBINI, p. 201 s., § 219 s., et l'arrêt de la Cour de Cassation du 12 juin 1958, n. 1964, refusant l'indexation, que ces auteurs citent à note 27, p. 203, et publié notamment in *Giust. civ.* 1958, I, 1481.

¹⁰¹ Cf. supra § 39 et n. 82.

¹⁰² Les versions allemande et italienne sont plus précises et parlent de décès «im Falle seines Todes», «in caso di sua morte».

¹⁰³ ATF 50 III 97 (98), JT 1925 II (poursuite pour dettes) 55 (56); 63 II 157 (158), JT 1937 I 557 (559).

¹⁰⁴ ATF 55 III 26 (27), JT 1929 II 148 (149).

¹⁰⁵ JAEGER, Commentaire de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et la faillite, traduction française par ROBERT PETITMERMET HENRY BOVAY (Lausanne/Genève 1920), art. 92 LP n. 20; FAVRE, *Droit des poursuites* (3^e éd. Fribourg 1974), p. 186 d.

¹⁰⁶ Il est de jurisprudence constante que l'indemnité due par une compagnie privée d'assurance contre les accidents est insaisissable, et que cette qualité ne dépend pas du montant de l'indemnité. Cf. ATF 55 III 26 (28), JT 1929 II 148 (150). En ce qui concerne l'insaisissabilité de l'indemnité due par une assurance-vie, cf. notamment FRITZSCHE, *Schuldbetreibung und Konkurs* (2^e éd. Zurich 1967), p. 184 s. ch. 5; art. 79 al. 2 et 80 LCA; art. 4 à 7 de l'OTF du 10. 5. 1910.

Le droit aux prestations assurées par la CNA, de même que les sommes perçues à titre de prestations, ne peuvent être saisis ni sequestrés, ni compris dans la masse en faillite (art. 96 LAMA).

sables¹⁰⁷. Il en va de même des intérêts qu'elles portent¹⁰⁸ et des biens acquis grâce à elles¹⁰⁹. L'insaisissabilité de l'indemnité ne se transmet pas aux héritiers de l'ayant droit¹¹⁰, ni aux tiers cessionnaires¹¹¹.

«Pour fixer le montant insaisissable, le préposé doit tenir compte de l'ensemble des ressources du débiteur»¹¹², y compris des pensions et capitaux absolument insaisissables. Ainsi, lorsque le débiteur bénéficie, outre les revenus absolument insaisissables de l'article 92 LP, de revenus qui peuvent être saisis en vertu de l'article 93 LP, ceux-ci «peuvent être saisis dans la mesure où, s'ajoutant aux ressources définies à l'art. 92 ch. 7-12, ils dépassent le montant indispensable au débiteur et à sa famille»¹¹³.

L'article 92 ch. 10 LP ne définit pas le cercle des personnes composant la «famille». Ce terme englobe toutes les personnes qui possèdent une prétention à une indemnité, en vertu de la loi ou d'un contrat¹¹⁴, et non seulement celles qui ont un lien de parenté avec le défunt. Toutes les personnes soutenues sont donc visées¹¹⁵.

L'article 125 ch. 2 CO exclut que puissent être compensées contre la volonté du créancier «les créances dont la nature spéciale exige le paiement effectif entre les mains du créancier, telles que les aliments et le salaire absolument nécessaire à l'entretien du débiteur et de sa famille». La créance pour perte de soutien fait partie de ces créances spéciales.

¹⁰⁷ Die Praxis des Bundesgerichts 21 (1932) n° 98.

JAEGER, op. cit. à n. 105, art. 92 LP n. 20; FAVRE, op. cit. à n. 105, p. 186 d.

¹⁰⁸ JAEGER, op. cit. à n. 105, art. 92 LP n. 20; BLUMENSTEIN, Handbuch des schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes (Berne 1911), p. 366.

¹⁰⁹ ATF 49 III 192, JT 1924 II 70 (73); 82 III 77 (81), JT 1956 II 108 (110) qui concernent un cas où l'indemnité a servi à l'acquisition d'un fond de commerce. Cf. également à ce sujet JAEGER, op. cit. à n. 105, art. 92 LP n. 20.

¹¹⁰ Dans l'ATF 58 II 127, le Tribunal fédéral avait jugé dans un cas de lésions corporelles que le privilège de l'insaisissabilité disparaissait avec la mort du lésé et qu'il ne se transmettait donc pas à ses héritiers.

A notre avis, cela s'applique également à la perte de soutien. Même avis: FEHR, p. 97; MARTI, p. 83 ch. 4 h.

¹¹¹ BLUMENSTEIN, op. cit. à n. 108, p. 365.

¹¹² FAVRE, op. cit. à n. 105, p. 190.

¹¹³ Ibidem.

¹¹⁴ ZR 38 (1939), n° 69, p. 152 (153), arrêt confirmé par le Tribunal fédéral le 5 mars 1938, SchBK (= Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs) 1939, p. 150-152 n° 67. Le Tribunal supérieur zurichois a admis que la délimitation de la famille de l'art. 92 ch. 1-5 LP ne peut pas être transposée à l'art. 92 ch. 10 LP. Si les chiffres 1-5 de l'art. 92 LP présupposent une communauté de vie, le ch. 10 de cet article est basé sur d'autres liens (de fait, par exemple, pour les personnes soutenues).

¹¹⁵ Arrêt cité n. 114.

MARTI, p. 83; FRITZSCHE, op. cit. à n. 103, p. 194-195; FAVRE, op. cit. à n. 105, p. 182 III 1; OFTINGER, § 6 IV G, ne parlent pas du cas particulier de la perte de soutien. Toutefois, selon eux, la notion de famille comprend non seulement les personnes que le débiteur avait l'obligation légale, mais aussi celles qu'il avait l'obligation morale d'entretenir ou de secourir.

Contrat: FEHR, p. 96, et GIORG REICHLIN, Der vollständige Ausschluss der Pfändbarkeit (thèse Fribourg 1945), p. 100s. (105-106).

Certains auteurs excluent absolument la compensation de ces créances¹¹⁶. Pour le Tribunal fédéral et d'autres auteurs, cette compensation n'est exclue que dans la mesure où les créances sont nécessaires à l'entretien du créancier¹¹⁷. Ainsi, la créance en indemnisation de la perte de soutien qui dépasse ce qui est absolument nécessaire à l'ayant droit, peut être compensée, malgré son insaisissabilité.

¹¹⁶ OSER/SCHÖNENBERGER, art. 125 CO n. 6.

¹¹⁷ ATF 88 II 299 (312).

BECKER, art. 125 CO n. 7; GUHL/MERZ/KUMMER, § 37 IV 2 a; ENGEL, p. 457–458 n° 198 B 2 e; VON TUHR/ESCHER, § 78 et n. 76.

Quatrième partie: L'action en indemnité

Chapitre 18: La prétention en indemnisation

§ 40 Prétention indépendante

A. La prétention pour perte de soutien ne dérive pas de la personne du défunt. Elle est un *droit propre* de la personne soutenue¹ et naît directement au moment du décès du soutien. Comme elle appartient à la personne soutenue *jure proprio* et non *jure hereditatis*², il importe peu de savoir si l'ayant droit est héritier de la victime, s'il a répudié la succession, s'il a été exhérité ou s'il est indigne de succéder. Lorsque l'ayant droit est en même temps héritier du soutien – cas que l'on rencontre fréquemment –, il faudra se garder de confondre la prétention qu'il peut avoir en tant qu'héritier du de cujus et celle qu'il a en tant que victime d'une perte de soutien. Ces deux prétentions diffèrent quant à leur objet: par la première, l'ayant droit fait valoir le dommage subi par le de cujus et par la seconde, le dommage qu'il subit personnellement³. La réparation du dommage subi par le défunt concerne la période antérieure à son décès (les frais d'inhumation mis à part): elle est allouée à sa succession et répartie ensuite entre les héritiers proportionnellement aux parts successorales de chacun⁴. La réparation de la perte de soutien concerne la période postérieure à son décès: elle est allouée à chaque ayant droit, en fonction du dommage propre qu'il subit.

B. Conséquences

1. Lorsque le soutien ne décède pas immédiatement, il n'a aucun pouvoir de disposition sur les prétentions pour perte de soutien. En effet, elles ne naissent qu'à sa mort et appartiennent à d'autres personnes. Les transactions ou renoncements à faire valoir le dommage qu'il pourrait conclure avec le responsable n'affectent donc pas les prétentions des personnes soutenues.

¹ Cf. notamment ATF 18, p. 343 (347); TF à JT 1900 I 505 (509); 64 II 198 passage publié in JT 1939 I 52 (56),

et toute la doctrine suisse.

Même solution en Allemagne, Autriche, France et Italie notamment.

² Cf. notamment ATF 52 II 235 (262), JT 1927 I 11 (18).

³ Cf. par exemple ATF 25 II 763 (770); 30 II 498 (500); 66 II 175 (177).

Ainsi, en cas de décès du père soutien, lorsque la mère soutenue décède en cours de procédure, les enfants recueillent, en tant qu'héritiers de leur mère, l'indemnité pour perte de soutien à laquelle elle avait droit jusqu'au moment de son décès, et ils ont chacun leur propre indemnité pour perte de soutien.

⁴ En général, les ayants droit aux frais d'inhumation sont les héritiers agissant comme ayants cause du défunt.

Le dies a quo des prescriptions pour sa prétention et pour celle de la personne soutenue sont en principe différents. L'autorité de la chose jugée dans l'action du soutien n'est pas opposable à l'action de la personne soutenue.

2. Le responsable ne peut compenser sa dette relative à la perte de soutien avec une créance envers le défunt.

§ 41 Prétention indemnitaire

A. La personne soutenue a une prétention en réparation du dommage qu'elle subit à cause du décès du soutien. Sa prétention est indemnitaire et non alimentaire⁵.

B. Conséquences

Cessibilité. La prétention pour perte de soutien est cessible⁶. Les articles 164 ss. CO sont donc applicables. Il faut notamment se rappeler que la cession doit être constatée par écrit (art. 165 al. 1 CO)⁷ et qu'elle comprend les droits accessoires (art. 170 CO), notamment les intérêts échus (art. 170 al. 3 CO) et en cours.

Cessible, cette prétention est également *transmissible pour cause de mort*⁸. Toutefois, si l'ayant droit décède avant l'arrêt de la dernière juridiction cantonale apte à connaître des faits nouveaux ou avant la transaction, la perte de soutien que ses héritiers font valoir à sa place ne portera que sur la période allant du décès du soutien à celui de l'ayant droit⁹.

§ 42 Particularité de la prétention

A. Selon l'opinion dominante, la prétention de la personne soutenue naît de l'acte illicite commis envers le défunt, dont les conséquences dommageables

⁵ ATF 63 II 157 (158), JT 1937 I 557 (558–559); 66 II 175 (179).

La prétention pour perte de soutien n'est pas indissolublement liée par son contenu ou son but à la personne soutenue. Idem en Allemagne: Cf. notamment STAUDINGER SCHÄFER, § 844 BGB n. 39; WUSSOW, n. 1059, et en Autriche: KOZIOL, II, p. 116.

⁶ ATF 63 II 157 (158), JT 1937 I 558 (558–559); 66 II 175 (179).

On ne saurait – dit notamment le Tribunal fédéral – conclure de l'insaisissabilité de la créance pour perte de soutien (cf. supra chap. 17) qu'elle est également incessible. Les motifs qui ont amené le législateur à prévoir l'insaisissabilité d'une telle créance ne valent qu'en matière de L.P. Ils ne s'opposent donc pas à la cessibilité de la créance. Le droit suisse ne contient aucune disposition analogue au § 400 BGB, en vertu duquel l'insaisissabilité d'une créance entraîne nécessairement son incessibilité.

⁷ En revanche, la promesse de céder une créance n'est soumise à aucune forme particulière (art. 165 al. 2 CO).

⁸ Cf. notamment: ATF 30 II 498 (500).

⁹ ATF 25 II 763 (770); 30 II 498 (500); 36 II 89 (97); 66 II 175 (177); Sem. jud. 1943, p. 177 (182), JT 1953 I 472 n° 40.

Cf. infra § 29 C et note 243.

toutefois se font sentir dans le patrimoine de la personne soutenue¹⁰. L'acte illicite commis envers le défunt «eine eigenartige zivilrechtliche Nebenfolge zugunsten dieser Personen (les personnes soutenues) auslöst»¹¹.

Le législateur n'a pas donné au lésé de prétention propre lorsque le soutien a été victime de lésions corporelles¹², comme l'a fait le droit allemand au § 845 BGB.

B. Conséquences

1. *Opposabilité de la faute de la victime*. Selon une jurisprudence constante¹³ et la doctrine presque unanime¹⁴, la faute de la victime (lors de la survenance du fait dommageable) est opposable à la personne soutenue. L'article 5 LRC prévoit expressément l'opposabilité de la «faute de la victime», de même que l'article 59 al. 1 LCR qui, parlant de «faute du lésé», vise également celle de la victime¹⁵. L'article 98 LAMA prévoit une réduction ou une suppression correspondant au degré de la faute, des prestations de la CNA allouées aux survivants quand l'assuré a causé l'accident intentionnellement ou par une faute grave. A l'étranger, l'opposabilité de la faute de la victime est généralement admise¹⁶. Dans certains pays, elle est prévue par une disposition légale expresse comme en Allemagne (§ 846 BGB); sinon, cette solution a été adoptée par voie jurisprudentielle, comme en Italie¹⁷ ou en France depuis deux arrêts de la Cour de Cassation.

¹⁰ Cf. notamment BECKER, art. 45 CO n. 2; MARTI, p. 76; VON TUHR SIEGWART, § 48 I 1; GUHL MERZ/KUMMER, § 24 II 2; FREI, op. cit. au § 4 n. 28, p. 34s.

En Allemagne, cf. notamment LARENZ, I, § 24 IV a, et en Autriche KOZIOI, II, p. 116, et ses renvois dans les notes.

¹¹ GUHL/MERZ/KUMMER, § 24 II 2 et les auteurs suisses cités à n. 10 et supra § 4 n. 28.

Nous ne voulons pas développer davantage le fondement théorique difficile du «Drittschaden». Toutefois, si la norme a pour but de protéger les personnes soutenues, ne peut-on pas en déduire que la faute de la victime ne leur est pas opposable?

¹² ATF 58 II 127 (129).

¹³ Parmi de nombreux arrêts: ATF 18, p. 343 (347); TF à JT 1900 I 505 (511); 31 II 281 (285-286), Sem. jud. 1906, p. 369 (372); 36 II 188 (191); JT 1911 I 360 (364); 40 II 279 (281); JT 1914 I 441 (443); 43 II 181 (186-187); 46 II 154 (155-156); 50 II 406 (408); JT 1925 I 56 (60); 54 II 138 (139-140); JT 1928 I 290 (292-293); 58 II 244 (246); 60 II 416, passage publié in JT 1935 I 331 (337); 64 II 198 (199); JT 1939 I 52 (57-58); 88 II 299 (305-306); 91 II 218 (223-224); 93 II 89 (95); JT 1968 I 322 (327); 101 II 133 (137).

¹⁴ Cf. notamment: OSER SCHÖNENBERGER, art. 44 CO n. 17 et art. 45 CO n. 8; BECKER, art. 44 CO n. 13; THULO, in JT 1932 I 40-41; MOSER, p. 96-98; MAYR, p. 117; FEHR, p. 32-33; MARTI, p. 109; VON TUHR SIEGWART, § 48 I 1; BROSSI I, in JT 1942 I 66s., 98s. (99); RUSCONI, in RDS (1963) 82, I, 337s.; ÖFTINGER, § 7 II B (p. 270) et n. 41.

Contra: BUSSY, FJS 911 a, p. 2 n° 4; l'opposabilité de la faute du soutien ne se concilie pas avec le droit propre des personnes soutenues à la réparation du dommage.

¹⁵ ATF 88 II 299 (305); 101 II 133 (137).

BUSSY, FJS 911 a, n° 1; BUSSY RUSCONI, art. 59 LCR rem. 1.5; SCHLEGEL GIGER, art. 59 LCR ch. 1b.

¹⁶ MCGREGOR, cité dans la bibliographie spécialisée avant le § 1, p. 87.

¹⁷ Cf. Cass. civ. 20 mars 1959, n. 849, in Foro it. 1959, I, 966s.; 18 février 1971, n. 430, in Foro it. 1971, I, 1262s.; 30 déc. 1971, n. 3780, in Foro it., Repertorio, 1971, voce Danni in materia civile, n. 78; cf. également les arrêts cités par BONVICINI, t. II, p. 426, note 6.

En sens contraire, Trib. Genova, 22 mai 1974, in Foro it. 1974, I, 2811.

chambres réunies, du 25 novembre 1964, mettant fin à une longue controverse¹⁸.

Les autres faits dont la victime est responsable et qui peuvent justifier une réduction de l'indemnisation sont également opposables aux personnes soutenues¹⁹.

2. *Opposabilité des conventions exclusives ou limitatives de responsabilité*²⁰. En effet, en cas de concours entre les responsabilités extracontractuelle et contractuelle, la limitation de la seconde s'étend à la première²¹. La convention exclusive ou limitative de responsabilité doit avoir été conclue entre la victime et le responsable avant la survenance du fait dommageable et être valable.

Certaines lois spéciales prévoient la nullité de ces conventions, ainsi les articles 87 al. 1 LCR, 16 LRC, 39 LIE et 16 al. 1 Latom. Dans les cas non réglés par une disposition spéciale, la validité de ces conventions s'apprécie d'après les articles 100 et 101 CO²². Est nulle toute convention qui libérerait le responsable en cas de dol ou de faute grave.

3. *Opposabilité des causes excluant l'illicéité*²³. Ces causes doivent être valables (art. 20 CO, 27 CC). Citons notamment le consentement du lésé²⁴, l'acceptation du risque, la légitime défense et l'état de nécessité.

L'opposabilité de la faute concurrente de la victime fait l'objet d'une vive controverse en doctrine, de nombreux auteurs, dont DE CUPIS, y étant opposés. Cf. DE CUPIS, In tema di concorso del fatto colposo del danneggiato, in Foro it. 1959, I, 966 et Il danno, I, p. 220s. Pour d'autres références, cf. BONVICINI, t. I, p. 425, note 5 et p. 426 note 6, cet auteur admet l'opposabilité, p. 425s. § 187, et VISINTINI, p. 629.

¹⁸ D. 1964, J, 733, concl. Aydalot; JCP 1964, II, 13972, n. ESMEIN; Gaz. Pal. 1964, 2, 412; Revue générale des assurances terrestres, 1964, p. 504; Rev. trim. dr. civil 1965, p. 136, observations RODIÈRE.

Cette solution est vivement critiquée par G. VINEY, L'autonomie du droit à la réparation de la victime par ricochet par rapport à celui de la victime initiale, D.S. 1974, I, Chron. 3s.

Cf. également un arrêt rendu par la 1^{re} Chambre civile, le 7 juin 1974 (D.S. 1975, I, J, 425, n. BERR et GROUTEL; DURRY, in Rev. trim. dr. civil 1975, p. 551 [552]) qui pourrait laisser entrevoir un revirement de jurisprudence et un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, du 6 juin 1975 (D.S. 1976, I, J, 415, suivi d'une note de R. SAVATIER).

¹⁹ OFTINGER, § 7 II B (p. 270 in fine à 271).

²⁰ Même solution en Allemagne: cf. notamment STAUDINGER SCHÄFER, § 844 BGB n. 19 et leurs renvois; SOERGEL/MÜHLE, § 844 BGB n. 2 et leurs renvois.

²¹ Au sujet de ces conventions, cf. OFTINGER (§ 12 II B) pour une excellente esquisse du problème et les auteurs qu'il cite au § 12 Literatur ad ch. II litt. B et la bibliographie générale citée par DESCHENAU/TERCIER, § 21 ch. 1.

OFTINGER, § 12 II B ch. 7 (p. 466-467).

²² Sur ces articles, cf. OSER SCHÖNENBERGER, ad art. 100 et 101 CO; BECKER, ad art. 100 et 101 CO; VON BÜREN, p. 406s.; GUHL/MERZ/KUMMER, § 31 III; ENGEL, p. 487s.

²³ Selon l'opinion dominante, l'illicéité existe puis disparaît sous l'effet d'un fait justificatif: cf. notamment VON TUHR SIEGWART, I § 46 IV. Selon E. KÄNZIG, Die Widerrechtlichkeit nach Art. 41 Abs. 1 des Schweiz. OR. (thèse Berne 1939), p. 148s., en présence de faits justificatifs, on ne peut pas parler d'emblée de la violation d'une norme.

²⁴ Le consentement du lésé peut constituer, le cas échéant, un cas spécial de la faute propre du lésé (OFTINGER, § 4 II [p. 134] n. 37 et § 7 [p. 266] n. 21) ce qui diminue ou supprime déjà les dommages-intérêts.

L'opinion dominante considère qu'au regard de certains biens juridiquement protégés comme la vie ou l'intégrité corporelle, la renonciation à l'illicéité n'est pas valable et que, par conséquent, le

§ 43 Prétentions des personnes soutenues en cas de lésions corporelles ayant entraîné la mort de la victime²⁵

A. Lorsque la victime décède avant d'avoir fait valoir le dommage causé par ses lésions corporelles, ses héritiers peuvent faire valoir uniquement le dommage qu'elle a subi depuis le jour de l'accident jusqu'à son décès (art. 46 al. 1 et 45 al. 2 CO)²⁶. Le droit à la réparation du dommage appartient à la victime²⁷ : ses héritiers agissent donc en tant qu'ayant cause²⁸. Ainsi, ils ne pourront plus faire valoir ce dommage s'ils répudient la succession de la victime²⁹ ou si celle-ci a renoncé à faire valoir ses droits. L'insaisissabilité des indemnités dues ou versées à la victime, prévue à l'article 92 ch. 10 LP, disparaît au décès³⁰.

B. La situation est en principe la même lorsque la victime décède après avoir fait valoir ses prétentions, mais avant leur reconnaissance.

«Si, dans le cas de lésions corporelles, la victime meurt avant le jugement ou avant la reconnaissance de sa prétention, une indemnité ne sera donc plus due, d'après cette disposition – art. 46 al. 1 CO combiné avec l'art. 45 al. 2 CO –, pour les suites de ces lésions, que dans la mesure où celles-ci n'avaient déjà eu pour effet d'entraîner un dommage pour la victime³¹.»

C. Si la victime de lésions corporelles a conclu une transaction, pensant que ses blessures étaient guérissables, mais qu'elle décède des suites de l'atteinte, ses héritiers peuvent attaquer la transaction. Vu le décès, ils ont le droit de faire valoir les frais de la tentative de guérison devenus plus lourds et le dommage pour incapacité de travail, depuis l'accident jusqu'au jour du décès, en invoquant la *clausula rebus sic stantibus*³². D'autre part, le responsable ne peut pas opposer cette

lésé a alors une prétention entière à l'indemnisation. Opinion divergente, OFTINGER, § 4 II (p. 134) n. 37.

²⁵ Cf. spécialement à ce sujet : MARTI, p. 91 s.

²⁶ Selon MARTI (p. 94 s.), les prétentions de l'art. 46 al. 1 CO sont remplacées *ex tunc*, c'est-à-dire dès la survenance de l'événement dommageable, par celles de l'art. 45 al. 2 CO qui devient le nouveau *sedes materiae*. On pourrait soutenir aussi que l'art. 45 al. 2 CO renvoie (inutilement ?) à la règle générale de l'art. 46 1 CO. Quelle que soit la conception que l'on a des rapports entre les art. 46 al. 1 et 45 al. 2 CO, les héritiers du défunt ne sauraient de toute évidence demander ou obtenir deux fois l'indemnisation du même dommage subi par celui-ci, une fois en vertu de l'art. 46 al. 1 CO, l'autre au sens de l'art. 45 al. 2 CO.

²⁷ ATF 58 II 127 (129). OFTINGER, § 6 IV C (p. 230). «Die Ansprüche wegen der Nachteile der Arbeitsunfähigkeit vor dem Tode sind in der Person des Verletzten entstanden, stehen folglich dem Erben zu.»

²⁸ Par l'acquisition de plein droit de l'universalité de la succession (art. 560 al. 1 CC), ils sont notamment saisis des créances et des actions du défunt (art. 560 al. 2 CC).

²⁹ ATF 58 II 127 (128).

³⁰ ATF 58 II 127 (128).

³¹ ATF 52 II 235 (262), JT 1927 I 11 (18).

³² OFTINGER, § 12 III A (p. 472).

ATF 99 II 366 (372) : «Quant aux circonstances imprévisibles qui ont pour effet de rompre gravement l'équilibre contractuel, le juge peut en tenir compte en vertu de l'art. 2 CC, sur lequel repose la «*clausula rebus sic stantibus*» (RO 56 II 194, 93 II 189)».

Sur la *clausula* ..., cf. notamment MERZ, Komm. ZGB (Berne 1962), art. 2 n. 181 s.

transaction aux personnes soutenues qui font valoir leur perte de soutien et aux héritiers qui réclament les frais funéraires de l'article 45 al. 1 CO, même si les héritiers omettent d'attaquer la transaction³³. En effet, le soutien n'a aucun droit sur ces prétentions qui naissent seulement à sa mort et sont propres aux ayants droit. A leur tour, les personnes soutenues ou les héritiers réclamant les frais funéraires peuvent conclure une transaction avec le responsable.

Lorsqu'une longue incapacité de travail est prévue, la transaction entre le responsable et la victime prévoit généralement une indemnité importante. Si la victime vient à décéder, le responsable peut alors attaquer la convention en faisant valoir la *clausula rebus sic stantibus*, exiger qu'il soit tenu compte de ses versements dans le calcul des divers dommages liés au décès et, le cas échéant, introduire une action en enrichissement illégitime³⁴.

Chapitre 19: L'action en dommages-intérêts, l'action en constatation de droit et les règlements transactionnels

La plupart des cas de perte de soutien se règlent par une transaction entre la personne tenue à réparation ou son assureur et la personne soutenue³⁵. Toutefois, cette dernière doit parfois intenter une *action en dommages-intérêts*.

§ 44 Parties à l'action en dommages-intérêts

1. La *qualité pour agir* appartient à la personne soutenue.

a) *L'enfant* majeur fera valoir lui-même sa prétention en justice; sinon, il sera représenté par les détenteurs de l'autorité parentale (art. 304 CC)³⁶, un curateur (art. 306 CC)³⁷ ou un tuteur (art. 368 CC)³⁸, qui agit *au nom de l'enfant*. On admet toutefois que les détenteurs de l'autorité parentale exercent en leur nom les droits de l'enfant et les fassent valoir en justice personnellement comme par-

³³ OFTINGER, § 12 III A (p. 472).

³⁴ Les héritiers peuvent-ils également faire valoir l'erreur essentielle?

A ce sujet, cf. notamment GUHL MERZ KUMMER, § 16 III 3, et leurs renvois; OFTINGER, § 12 III B ch. 4 (p. 476), et ses renvois.

³⁵ Cf. supra § 1 n. 3.

³⁶ Parmi de nombreux exemples: ATF 101 II 346 (347).

³⁷ ATF 99 II 366 (367), enfant pourvu d'un curateur avocat.

³⁸ ATF 90 II 79 (81): tuteur désigné aux enfants mineurs issus d'un premier mariage de la victime.

Sem. jud. 1957, p. 422 (424): enfant représenté par un tuteur, bien qu'il ait encore sa mère.

ATF 57 II 104, JT 1931 I 338 (341): enfant représenté par un tuteur à la suite du décès de sa mère, à qui il avait été attribué lors du divorce.

tie³⁹; le rapport de représentation est connu du tiers⁴⁰. A notre avis, ils devraient agir *au nom* de l'enfant, puisque ce dernier est titulaire de la prétention.

L'autorité tutélaire institue une curatelle «lorsque les intérêts du mineur ou de l'interdit sont en opposition avec ceux du représentant légal» (art. 392 ch. 2 CC). Le fait pour le détenteur de l'autorité parentale de soutenir le procès conjointement avec son enfant n'exige pas à lui seul la nomination d'un curateur. Il en va autrement lorsque les intérêts ne sont pas parallèles, comme ce fut le cas, par exemple, dans un arrêt récent⁴¹. «Le curateur investi d'un mandat spécial, l'exécute conformément aux instructions de l'autorité tutélaire» (art. 418 CC). Il ne représente pas le représentant légal, mais se substitue à lui et agit en ses lieu et place (pour la sauvegarde de tous les intérêts et droits du mineur), le cas échéant contre la volonté du représentant légal⁴². La transaction passée par le curateur au nom du mineur, conformément aux instructions de l'autorité tutélaire, mais sans l'accord du représentant légal, est valable. A la fin de la curatelle, le représentant légal peut agir en invalidation de la transaction⁴³.

b) La mère dirige seule le procès relatif à sa perte de soutien⁴⁴. Par conséquent, le mari n'a pas pouvoir légal de la représenter. L'épouse peut charger un représentant d'agir à sa place: le droit de procédure règle ce cas de représentation. Elle peut également céder l'action à son mari⁴⁵. Dans la jurisprudence, les père et mère semblent faire valoir habituellement un dommage global calculé pour les deux parties. Parfois, les parents sont les deux demandeurs^{45a}, parfois le père seul^{45b}. Cela n'est pas correct. La perte de soutien doit être calculée pour chacun des demandeurs; le père ne peut faire valoir en son nom les droits de la mère.

L'action est cessible et transmissible activement⁴⁶.

c) Les personnes soutenues ne sont pas des consorts nécessaires. Pour des raisons d'opportunité, le droit de procédure peut permettre aux ayants droit d'ou-

³⁹ ATF 69 II 65 (68), JT 1943 I 418 (419-420); 83 II 263 (266-267); 84 II 241 (245); 90 II 351 (355), JT 1965 I 103 (107); 98 IV 205 207.

HEGNAUER, Komm. ZGB (Berne 1964), art. 279 CC n.82. Les arrêts cités ont trait au droit de la famille, sauf l'ATF 84 II 241 dont la motivation a été critiquée par MERZ, in RSJB 95 (1959), p.424.

⁴⁰ ATF 98 IV 205 (207).

⁴¹ ATF 99 II 366.

⁴² ATF 99 II 366 (368-369).

⁴³ ATF 99 II 366 (369-370).

⁴⁴ Les prétentions en indemnisation de la perte de soutien et les indemnités correspondantes font partie des biens réservés (cf. supra § 8 III 3). Or, la femme dirige seule les procès relatifs à ses biens réservés: EGGIER, Komm. ZGB (Zurich 1936), art. 168 CC n.9; LEMP, Komm. ZGB (Berne 1963), art. 168 CC n.2; YVES DE ROUGEMONT, Le droit d'ester en justice de la femme mariée - l'art. 168 CCS - (thèse Neuchâtel 1956), p.42 n° 43, p.67 n.81.

⁴⁵ ATF 63 II 157-158, JT 1937 I 557-558-559.

^{45a} ATF 54 II 9 (10); 58 II 29 (31), JT 1932 I 359 (361); 62 II 58 (59).

^{45b} ATF 79 II 350 (355).

⁴⁶ Cf. supra § 41 B.

virer un seul procès, pour invoquer leurs prétentions respectives ou au juge de joindre les actions.

La consorité de procédure n'autorise pas les consorts à additionner leurs conclusions et à les présenter en bloc.

2. La *qualité pour défendre* appartient au responsable.

De plus en plus fréquemment, le sujet de la responsabilité possède une *assurance-responsabilité civile*. En principe, la victime ne peut pas agir directement contre l'assureur, puisqu'aucun lien contractuel ne les lie. Toutefois,

a) certaines lois (art. 65 LCR, 24 Latom, 37 LITC) donnent à la victime une action directe contre l'assureur qui a dès lors qualité pour défendre. Les victimes d'accidents de la route utilisent très largement cette possibilité.

L'action directe peut découler également d'une clause de stipulation pour autrui, prévue par le contrat d'assurance (cf. art. 113 CO)⁴⁷.

b) L'art. 60 LCA dispose :

«En cas d'assurance contre les conséquences de la responsabilité légale, les tiers lésés ont, jusqu'à concurrence de l'indemnisation qui leur est due, un droit de gage sur l'indemnité due au preneur d'assurance. L'assureur peut s'acquitter directement entre leurs mains.

L'assureur est responsable de tout acte qui porterait atteinte à ce droit des tiers⁴⁸.»

3. En général, lorsque la personne soutenue demande l'allocation de l'indemnité sous forme de rente, la *valeur litigieuse* se détermine en capitalisant la rente⁴⁹. (Pour l'OJF : art. 36 al. 4 et 5.)

§ 45 Action en constatation d'un rapport de droit

L'action en constatation d'un rapport juridique soumis au droit fédéral est possible lorsque le défendeur y a un intérêt juridique important et immédiat. En général, cet intérêt fait défaut quand le demandeur peut réclamer, en sus de la constatation, une prestation exécutoire⁵⁰. Cette action interrompt la prescription.

En cas de perte de soutien, le recours à l'action en constatation de droit semble n'offrir que peu d'intérêt, sauf parfois en cas de décès d'un enfant⁵¹.

⁴⁷ Pour de plus amples développements, cf. OFTINGER § 11 IX C b (p. 459).

⁴⁸ Cf. notamment KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3^e éd., Berne 1967, p. 513 s.; OFTINGER, § 11 IX C a 5 (p. 457); MAURER, Einführung in das Schweizerische Privatversicherungsrecht, Berne 1976, p. 416s.

⁴⁹ STAUFFER/SCHAETZLE, § 27; GULDENER, Schweizerisches Zivilprozessrecht, 2^e éd., Zurich 1958, p. 103 litt. c et n. 35; KUMMER, Grundriss des Zivilprozessrechts nach der Prozessordnung des Kantons Bern und des Bundes, 2^e éd., Berne 1974, p. 96.

⁵⁰ ATF 96 II 129 (131), JT 1971 I 263 (265); 97 II 371 (375), JT 1973 I 56 (59); 99 II 172 (173), JT 1974 I 263 (265); 101 II 177 (187), JT 1976 I 362 (371).

⁵¹ STAUDINGER/SCHÄFER, § 844 BGB n. 57-59; WUSSOW, n. 1126-1127; GEIGEL, chap. 8 n. 27.

Selon STAUFFER, SCHAETZLE (§ 11 ch. 1), en cas de décès d'un enfant, «la situation resterait alors longtemps en suspens, ce qui entraîne une regrettable insécurité juridique».

§ 46 Prescription de l'action en dommages-intérêts⁵²

A. Généralités

a) *Délai*. L'action en dommages-intérêts est soumise à un délai de prescription

1. *ordinaire*: 1 année: art. 60 al. 1 CO; 20 LRCF;

2 ans: art. 83 al. 1 LCR; 37 LIE; 14 LRC; 17 Latom; 39 LITC;

2. *subsidaire*: de 10 ans: art. 60 al. 1 CO; 83 al. 1 LCR; 17 al. 1 Latom; 39 al. 1 LITC;

3. *extraordinaire* qui dépend de la prescription de l'action pénale (cf. infra litt. c).

La LRC (art. 14 al. 1) et la LIE (art. 37) dérogent à ce système et prévoient un délai de prescription unique qui court dès le jour de l'accident⁵³.

La durée des délais peut être conventionnellement prolongée, l'article 129 CO n'étant pas applicable. Toutefois, le délai conventionnel ne doit pas dépasser le délai légal ordinaire de 10 ans fixé par l'article 127 CO⁵⁴.

Le débiteur peut, sans reconnaître la dette, renoncer à la prescription. La situation est la suivante:

- avant le début du délai, toute renonciation est nulle (art. 141 CO);
- après l'expiration du délai, la renonciation est valable;
- pendant le délai, la renonciation est valable pour tout ou partie du délai écoulé et a un effet interruptif. Un arrêt discutable⁵⁵ n'admet la renonciation que pour les délais de prescription fixés en dehors du titre troisième du CO (art. 129 CO par analogie)⁵⁶.

b) *Dies a quo*

1. Le délai ordinaire de prescription court dès le jour où le lésé connaît le dommage et la personne tenue à réparation (art. 60 al. 1 CO; 83 al. 1 LCR; 17 al. 1 et 18 al. 2 Latom; 39 al. 1 LITC)⁵⁷.

Par dommage, il faut entendre non l'acte dommageable, mais ses conséquences préjudiciables. «Le lésé connaît le dommage lorsqu'il apprend, touchant son existence, sa nature et ses éléments, les circonstances propres à fonder et à moti-

⁵² Cf. surtout l'œuvre monumentale de K. SPIRO, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Berne 1975, I. Pour d'autres auteurs, cf. la bibliographie pratique de DESCHENAUX/TERCIER, § 19 ch. 2.

«Le juge ne peut suppléer d'office le moyen résultant de la prescription» (art. 142 CO) qui doit être invoqué selon les formes et au stade prévus par la procédure cantonale (ATF 94 II 26 [36], JT 1969 I 322 [332]).

⁵³ On fera bien, quand il y a lieu de craindre un décès du soutien victime de lésions corporelles, d'interrompre la prescription dont le délai est relativement bref dans ces deux lois (2 ans).

⁵⁴ ATF 99 II 185 (188–189), JT 1974 I 46 (48–49).

⁵⁵ Cf. SPIRO, op. cit. à n. 52, § 343 n. 19.

⁵⁶ ATF 99 II 185 (191), JT 1974 I 46 (51).

⁵⁷ ATF 74 II 30 (36): la prescription est une institution de droit de fond. La manière de calculer le délai est donc la même sur tout le territoire de la Confédération. Le *dies a quo* ne varie pas selon la procédure cantonale.

ver une demande en justice. Si l'ampleur du préjudice résulte d'une situation qui évolue, la prescription ne court pas avant le terme de l'évolution...⁵⁸.»

Le lésé connaît la personne tenue à réparation lorsque, en cas de responsabilité aquilienne, il connaît l'auteur de l'acte illicite ; en cas de responsabilité causale, lorsqu'il connaît la personne en qui se réalise le chef de responsabilité et le fait qui la fonde, par exemple la maladie mentale de l'auteur de l'acte (art. 333 CC)⁵⁹.

Ces dispositions visent la connaissance des faits, non leur qualification juridique⁶⁰.

2. Le délai subsidiaire de prescription court dès la survenance de l'acte dommageable.

3. Le point de départ du délai extraordinaire de prescription dépend du droit pénal (cf. *infra* litt. c).

c) Application à l'action civile de la prescription pénale plus longue.

L'article 60 al. 2 CO dispose: « Toutefois, si les dommages-intérêts dérivent d'un acte punissable soumis par les lois pénales à une prescription de plus longue durée, cette prescription s'applique à l'action civile. » On trouve les mêmes règles aux articles 83 al. 1 LCR, 39 al. 1 LTC et 17 al. 2 Latom. Il n'est pas nécessaire que l'auteur ait été condamné⁶¹, ni qu'une poursuite pénale ait été engagée contre lui⁶². La punissabilité objective suffit. Le juge civil est lié par la décision de l'autorité pénale statuant définitivement sur l'action pénale⁶³. En revanche, en l'absence de toute poursuite pénale, il recherche librement, à titre préjudiciel, si l'acte illicite constitue une infraction à la loi pénale⁶⁴.

Le droit pénal règle le point de départ (art. 71 CP) et la durée (art. 70 CP) de la prescription⁶⁵ qui, pour le reste, demeure soumise aux règles ordinaires du droit privé (art. 127 s. CO), notamment sur la suspension (art. 134 CO) et l'interruption (art. 135–136 CO)⁶⁶.

⁵⁸ ATF 96 II 39 (43–44), JT 1971 I 58–59, résumé p. 431 ; 93 II 498 (502–503), JT 1969 I 464 (466) ; 100 II 339 (342).

⁵⁹ ATF 74 II 193 (195), JT 1949 I 322 (324).

⁶⁰ Notamment ATF 92 II 1 (3).

⁶¹ ATF 96 II 39 (43), résumé in JT 1971 I 58 (59) ; 100 II 332 (335).

⁶² ATF 93 II 498 (500), résumé in JT 1969 I 464 (465) et les arrêts cités ; 100 II 332 (335).

⁶³ ATF 93 II 498 (501), résumé in JT 1969 I 464 (465) et les arrêts cités ; 96 II 39 (43), résumé in JT 1971 I 58 (59) ; 100 II 332 (335).

⁶⁴ En cas de délit, poursuivi sur plainte, la prescription pénale entre en ligne de compte, même si la plainte n'a pas été déposée (93 II 498 [500], JT 1969 I 464 [465]).

⁶⁵ L'art. 60 al. 2 CO ne vise pas le délai absolu de prescription de l'art. 72 ch. 2 al. 2 in fine CP (ATF 97 II 136 [140], JT 1972 I 274 [278–279] ; 100 II 339 [342]).

⁶⁶ La prescription est interrompue notamment lorsque le créancier fait valoir ses droits par une action devant un tribunal ou par une citation en conciliation (art. 135 al. 2 CO). On entend par ouverture d'action, qui est une notion de droit fédéral, tout acte préparatoire ou introductif d'instance, par lequel le demandeur requiert pour la première fois, dans une forme déterminée, la protection du juge pour faire valoir son droit (ATF 100 II 339 [343–344] ; 101 II 77 [79], JT 1976 I 166 [168]).

La constitution de partie civile dans un procès pénal interrompt la prescription si elle est faite sous une forme qui oblige le juge à procéder⁶⁷, sinon : « De même que la réserve des droits civils aux procès pénaux, elle n'interrompt pas la prescription lorsque le demandeur ne conclut pas devant l'autorité répressive au paiement de l'indemnité à laquelle il prétend ou à la constatation du fondement juridique de cette indemnité...⁶⁸. » Il en va de même de la requête de preuve à futur dans le procès pénal⁶⁹.

*B. Perte de soutien : dies a quo du délai ordinaire de prescription*⁷⁰

Le délai ordinaire de prescription ne commence pas à courir avant le décès du soutien, exception faite des cas soumis aux LRC et LIE.

Enfant né hors mariage. Le délai de prescription ne court pas avant l'établissement d'un lien de filiation avec la victime : en général, jusque là, l'enfant ne sait pas que la victime aurait été son soutien⁷¹.

Enfant conçu. Le délai de prescription ne commence pas à courir avant la naissance de l'enfant : auparavant, le dommage n'est pas connu et son existence même est incertaine⁷².

Père et mère. En général, le dies a quo est fixé au décès de l'enfant. Parfois il est fixé seulement au décès de la personne tenue en premier chef à fournir des aliments (le mari par exemple)⁷³.

Dans ce cas, la mère ne subit aucune perte de soutien au décès de son enfant. En revanche, le décès de son mari (postérieur à celui de l'enfant) la prive de son

⁶⁷ ATF 60 II 199 (203), JT 1934 I 518 (521-522); 85 II 504 (509), JT 1960 I 231 (235-236); 100 II 339 (344).

⁶⁸ ATF 100 II 339 (344).

La procédure cantonale détermine si et dans quelles conditions le juge pénal peut connaître des conclusions civiles (ATF 101 II 77 [79], JT 1976 I 166 [169]).

⁶⁹ ATF 93 II 498 (501), résumé in JT 1969 I 464 (465-466).

⁷⁰ Cf. notamment OFTINGER, § 6 IV A (p. 227).

⁷¹ ATF 62 II 147 (150).

⁷² Même avis, MARTI (p. 85).

SCHWANDER, Die Verjährung ausservertraglicher und vertraglicher Schadenersatzforderungen (thèse Fribourg 1963), au contraire fait partir le délai de prescription au décès du soutien (p. 19-20). M. le professeur K. SPIRO, dont nous avons sollicité l'opinion et que nous remercions pour sa réponse, défend notre point de vue en y ajoutant deux arguments. Il est vrai qu'un représentant du nasciturus pourrait introduire une action en constatation de droit : toutefois, on ne peut l'imposer au lésé ; le sens d'un délai de prescription bref, à point de départ retardé («spät») l'empêche. C'est la raison pour laquelle une jurisprudence constante exige que le dommage soit au moins appréciable. Idem pour l'action en paternité (art. 263 CC).

L'éminent auteur considère que les développements de SCHWANDER ne sont pas justes, car il ne s'agit pas d'un problème de jouissance ou d'exercice des droits civils du nasciturus. Il relève également que SCHWANDER se contredit lui-même en approuvant l'ATF 62 II 147.

⁷³ SPIRO, op. cit. à n. 52, § 29 n. 3 et § 85 n. 11.

Contra : Entscheidungen des Appellationsgerichtes Basel-Stadt (AGE) 10, p. 66 s. = RSJ 45 (1949), p. 362-363, 46 (1950), p. 48. SCHWANDER, (op. cit. à n. 72, p. 19, n. 69) et STAUFFER SCHAETZLE (§ 11 ch. 5) approuvent cette décision.

soutien. Son enfant, s'il était encore en vie à ce moment-là, pourrait être alors son nouveau soutien.

§ 47 Preuve du dommage

A. Le lésé doit prouver non seulement l'existence du dommage, mais également son étendue chiffrée (art. 42 al. 1 CO, 8 CC). Comme cela n'est pas toujours facile, l'article 42 al. 2 CO⁷⁴ dispose que si «le montant exact du dommage ne peut pas être établi, le juge le détermine équitablement en considération du cours ordinaire des choses et des mesures prises par la partie lésée».

C'est au lésé qu'il incombe de prouver que l'article 42 al. 2 CO s'applique, non au juge⁷⁵ auquel il doit fournir tous les éléments nécessaires à l'appréciation du montant et/ou de l'existence du dommage⁷⁶.

L'article 42 al. 2 CO n'est pas applicable lorsque l'importance du dommage peut être calculée de façon relativement précise⁷⁷. «Die Zulässigkeit einer Schätzung bedeutet nicht die Sanktionierung prozessualer Bequemlichkeit⁷⁸.» L'article 42 al. 2 CO prime les règles de procédures cantonales contraires⁷⁹.

B. La nature relativement conjecturale de la perte de soutien admet souvent l'application de l'article 42 al. 2 CO⁸⁰: l'enfant serait-il devenu un jour le soutien de ses parents, quelle aurait été sa profession, pendant combien de temps les aurait-il soutenus, l'époux survivant se remarierait-il, etc.? En cas de perte différée surtout, la preuve stricte de l'existence et l'importance du dommage est impossible. Le juge bien souvent s'en tient au vraisemblable, c'est-à-dire à ce qui arrive généralement, d'après le cours ordinaire des choses.

A notre avis, lorsqu'une obligation d'entretien lie ou aurait lié (fiancés) l'ayant droit à la victime, la volonté de soutien se présume en cas de perte de soutien différée. Cette présomption est bien sûr réfragable et en l'absence de toute obligation d'entretien, l'ayant droit doit prouver cette volonté de soutien. Dans ce cas, une perte de soutien n'existe en principe qu'en cas de perte immé-

⁷⁴ Sur l'art. 42 al. 2 CO, cf. OSER SCHÖNENBERGER, ad art. 42 CO; BECKER, ad art. 42 CO; VON BÜREN, p. 68 s.; BUSSY, FJS 912 a; GUHL-MERZ KUMMER, § 10 III 2; ENGEL, p. 342 s.; OFTINGER, § 6 I C (p. 175 s.).

L'art. 42 al. 2 CO concerne non seulement l'étendue du dommage, mais aussi son existence: ATF 81 II 50 (55); 93 II 453 (458), JT 1968 I 534 (537); TF à Sem.jud. 1970, p. 545 (548); 97 II 216 (218), JT 1972 I 466; 98 II 34 (37), JT 1972 I 459 (460).

⁷⁵ CHÂTELAIN, in RSJB 105 (1969), p. 209 (216); OFTINGER, § 6 I C 4 (p. 177).

⁷⁶ ATF 97 II 216 (218), JT 1972 I 466; 98 II 34 (38 s.), JT 1972 I 459 (460).

⁷⁷ CHÂTELAIN, in RSJB 105 (1969), p. 209 (216); OFTINGER, § 6 I C 7 (p. 177 in fine à 178).

⁷⁸ OFTINGER, § 6 I C 7 (p. 177 in fine à 178).

⁷⁹ ATF 97 II 216 (218), JT 1972 I 466.

⁸⁰ En règle générale, la jurisprudence relative à l'art. 42 al. 2 CO est très restrictive; elle l'est moins dans les affaires de perte de soutien.

diat et lorsque vraisemblablement l'entretien bénévole aurait continué dans le futur. C'est l'exemple d'un orphelin dont un bienfaiteur paie la pension et les études.

§ 48 Règlements transactionnels. Invalidation de la transaction fixant une indemnité manifestement insuffisante⁸¹

1. La perte de soutien se liquide généralement par une transaction⁸²: l'assureur du responsable fait signer au lésé une quittance pour solde de tout compte sur une formule imprimée.

La *transaction*⁸³, judiciaire ou extra-judiciaire, est un contrat innomé, consensuel, synallagmatique et onéreux par lequel les parties visent à mettre fin par des concessions réciproques à l'incertitude dans laquelle elles se trouvent au sujet de leurs rapports de droit⁸⁴. Extra-judiciaire, la transaction est valable sans forme particulière⁸⁵; judiciaire, sa forme dépend du droit de procédure qui la régit⁸⁶.

La quittance pour solde de tout compte est une transaction⁸⁷: le lésé se déclare satisfait de l'indemnité reçue, renonce à faire valoir d'autres prétentions qui pourraient naître du cas de responsabilité et considère, en accord avec l'autre partie, l'affaire comme réglée⁸⁸. Le lésé renonce uniquement aux droits dont il se sait titulaire ou «dont il envisage l'acquisition tout au moins comme une possibilité». Il ne renonce pas aux droits «dont la justification tardive n'était nullement encore prévisible au moment où il a signé»⁸⁹.

Le tuteur ou le curateur qui transige doit avoir le consentement de l'autorité tutélaire (art. 421 ch. 8 CC).

2. Le lésé accepte parfois une indemnité insuffisante. Les dispositions particulières de quelques lois spéciales et les dispositions générales du droit commun lui offrent alors une certaine protection.

⁸¹ Cf. en particulier, pour de plus amples développements: OFTINGER, § 12 III (p. 469s.).

⁸² Cf. supra § 1 n. 3.

⁸³ En allemand, «Vergleich». Cf. au sujet de la transaction notamment MEIER-HAYOZ, in FJS 463.

⁸⁴ Pour une définition récente de la transaction: ATF 100 II 144 (144-145) et les arrêts cités; 101 II 270 (275). Sem. jud. 1975 p. 104 (110).

Au sujet de la responsabilité de l'avocat qui conduit pour son client les pourparlers transactionnels (art. 397 al. 1 CO): ATF 91 II 438.

⁸⁵ La mainlevée de l'opposition ne sera que provisoire.

⁸⁶ Elle permet d'obtenir la mainlevée définitive de l'opposition (art. 80 al. 2 LP). La question de savoir quand une transaction judiciaire a force exécutoire relève du droit de procédure cantonale: TF à Sem. jud. 1976, p. 326 (328).

⁸⁷ OFTINGER, § 12 III (p. 469) et ses renvois à n. 28; BUSSY, FJS 919 n° 11 et ses renvois à n. 5; BUSSY/RUSCONI, art. 87 LCR rem. 3.1.

⁸⁸ OFTINGER, § 12 III A (p. 469).

⁸⁹ JT 1969 I 473.

ATF 60 II 445 (448), JT 1935 I 208 (210s.); 68 II 186 (189-190); 100 II 42 (45).

a) Certaines *lois spéciales* prévoient l'annulabilité de toute convention fixant au lésé (ou aux ayants droit) une indemnité manifestement insuffisante (art. 87 al. 2 LCR⁹⁰, 17 LCR et 16 al. 2 Latom). C'est un moyen supplémentaire qui s'ajoute à ceux du droit commun⁹¹. Ces dispositions spéciales ne sauraient «remettre en cause l'institution de la transaction, qui permet la liquidation amiable d'une grande partie des cas de responsabilité fondée» sur ces lois⁹².

Celui qui veut invalider la transaction doit prouver l'insuffisance objectivement *manifeste* de l'indemnité totale. On ne distingue pas «entre dommages-intérêts et réparation du tort moral: un article trop élevé peut en compenser un autre trop faible ...»⁹³.

Il n'existe pas a priori une proportion déterminée en-dessous de laquelle l'insuffisance est manifeste; il faut «tenir compte de toutes les circonstances de l'espèce, notamment de l'avantage qui découle d'une liquidation rapide du cas et de la suppression des aléas inhérents à un procès ...»⁹⁴. Contrairement à l'avis de la doctrine dominante⁹⁵, le Tribunal fédéral⁹⁶ se reporte, pour juger de la disproportion évidente, au moment de la conclusion de la transaction et non à celui du jugement d'invalidation. Le juge prend en considération les circonstances connues et prévisibles. L'article 2 CC, sur lequel repose la *clausula rebus sic stantibus* lui permet de tenir compte des circonstances imprévisibles qui rompent gravement l'équilibre contractuel⁹⁷.

Selon M. OFTINGER⁹⁸, les articles 87 al. 2 LCR, 17 LRC et 16 al. 2 Latom, ne s'appliquent pas quand le lésé, connaissant le dommage et l'indemnité qui lui est due, a renoncé totalement ou partiellement à l'indemnisation (sa renonciation a un caractère de donation), ni quand le lésé a renoncé à une indemnité fixée judiciairement ou reconnue par l'autre partie.

⁹⁰ L'article 87 LCR a la même teneur que l'art. 43 LA, repris lui-même de l'art. 17 LRC.

MERZ (RSJB 113 [1975], p. 104–105) regrette que l'art. 87 al. 2 LCR n'ait pas été supprimé lors de la revision de la LCR pour permettre l'application du droit commun. Cet auteur et STARK (RDS 1967, II, 1 [83]) critiquent, sur ce point, la différence entre, d'une part, la LCR, la LRC, la Latom et, d'autre part, les autres lois sur la responsabilité civile.

⁹¹ ATF 99 II 366 (371).

⁹² ATF 99 II 366 (373).

⁹³ ATF 99 II 366 (372).

⁹⁴ Ibidem.

⁹⁵ BUSSY, FSJ 919 n° 20 a, et TCS n° 5, p. 33; BUSSY/RUSCONI, art. 87 LCR rem. 2.5; GIGER/SCHLEGEL, art. 87 LCR ch. 2; OFTINGER, § 12 III A (p. 471 in fine à 472).

L'opinion dominante permet au juge de tenir compte des faits postérieurs à la transaction, notamment de l'évolution des prix et des salaires, qui font apparaître a posteriori l'insuffisance manifeste. Cet avantage accordé au lésé correspond à la tendance générale des lois spéciales (OFTINGER, § 12 III A [p. 472]).

⁹⁶ ATF 99 II 366 (371 s.).

⁹⁷ ATF 99 II 366 (372).

⁹⁸ OFTINGER, § 12 III A (p. 471).

Contra: BUSSY, FJS 919, p. 7 n° 17; BUSSY/RUSCONI, art. 87 LCR rem. 2.2; GIGER/SCHLEGEL, art. 87 LCR ch. 2.

L'invalidation résulte d'un acte formateur résolutoire et produit ses effets *ex tunc*⁹⁹. Le droit d'invalider se périment par un an dès la conclusion de la transaction pour la LCR et la Latom; pour la LRC, il est soumis au délai ordinaire de deux ans (art. 14)¹⁰⁰.

b) *Droit commun*. Comme tout contrat, la transaction peut être attaquée pour erreur essentielle (art. 24 CO), dol (art. 28 CO), crainte fondée (art. 29 CO), lésion (art. 21 CO); on peut également invoquer la *clausula rebus sic stantibus*¹⁰¹.

§ 49 Frais d'avocat du lésé

Les droits cantonaux de procédure civile permettent d'englober dans les dépens les frais occasionnés par l'intervention d'un avocat *pendant* la procédure¹⁰². Certains prévoient également l'indemnisation des frais d'avocat engagés *avant* le procès en vue de rechercher une solution transactionnelle¹⁰³. Lorsque le droit cantonal de procédure n'a rien prévu¹⁰⁴, les frais d'avocat *justifiés* font partie du dommage que le responsable doit réparer¹⁰⁵.

Nous avons constaté que, quand la perte de soutien se liquide par une transaction extra-judiciaire, les compagnies d'assurances ont l'habitude de verser une indemnité à titre de participation aux frais d'avocat du lésé¹⁰⁶.

Chapitre 20: La pluralité de prétentions du lésé¹⁰⁷

§ 50 Généralités

A la suite d'un événement dommageable, le lésé peut posséder, à côté de sa prétention (il peut aussi en avoir plusieurs) fondée sur la responsabilité civile

⁹⁹ OFTINGER, § 12 III A (p. 470).

¹⁰⁰ STARK, in RDS 1967, II, 1 (83 ch. 2); OFTINGER, § 12 III A (p. 473) et n. 50.

¹⁰¹ ATF 99 II 366 (371).

¹⁰² GULDENER, op. cit. au § 44 n. 49, p. 378 rem. 15.

Le Code de procédure genevois a été révisé sur ce point depuis la publication de la deuxième édition de l'ouvrage de GULDENER parue en 1958.

¹⁰³ Exemples: art. 77 ZPO de Zurich: ZR 72 (1973), p. 28 s., et les arrêts cités.

Art. 58 ZPO de Berne: RSJB 1947 (83), p. 32 s.

ATF 97 II 259 (267). OFTINGER, § 2 I A (p. 57).

Pour une méthode de calcul: cf. notamment ZR 72 (1973), p. 28 s.

¹⁰⁴ Exemple: art. 77 du Code de procédure civile du canton de Vaud.

¹⁰⁵ ATF 97 II 259 (267 s.).

ZR 72 (1973), p. 28 s., et les arrêts cités.

BECKER, art. 41 CO n. 7; GIRSBERGER, in RSJ 58 (1962), p. 350 s.; VON TUHR PETER, § 14 n. 32; OFTINGER, § 2 I A (p. 57) et n. 21 et 22 avec les arrêts cités.

¹⁰⁶ GIRSBERGER (RSJ 58 [1962], p. 350 [352]) relevait déjà cette habitude et MERZ également, in RSJB 109 (1973), p. 101-102, commentant l'ATF 97 II 259.

¹⁰⁷ Cf. notamment OFTINGER, § 11 (p. 373 s.).

(«Haftpflichtanspruch») d'autres prétentions envers des tiers qui sont tenus légalement (ex. CNA, AVS) ou contractuellement (ex. assurances sur la vie ou contre les accidents) de lui fournir certaines prestations. Cette pluralité de prétentions pose les questions suivantes, selon l'optique que l'on adopte :

- a) Le lésé peut-il faire valoir toutes ses prétentions, l'une indépendamment de l'autre (système du cumul de prétentions) ou les prestations fournies par l'un des responsables libèrent-elles l'autre envers le lésé (système du concours de prétentions)?
- b) Le tiers a-t-il un droit de recours contre le responsable?
- c) Le responsable peut-il exiger «l'imputation» des prestations fournies par le tiers, du montant de l'indemnité que le lésé fait valoir, autrement dit le dommage est-il diminué du montant des prestations du tiers? De nombreux auteurs y voient un cas d'application de l'imputation des avantages¹⁰⁸.

Les problèmes posés par la pluralité des prétentions du lésé dépassent le cadre de notre travail. Par conséquent, nous les aborderons surtout dans la mesure où ils concernent la perte de soutien. Néanmoins, nous nous permettons quelques développements supplémentaires pour faciliter la tâche des praticiens.

§ 51 Prestations découlant d'un contrat d'assurance sur la vie ou contre les accidents¹⁰⁹

A. L'assurance privée de personnes soumise à la LCA se caractérise par le fait que l'objet du risque est la personne même de l'assuré. Ses principaux cas sont les assurances contre les accidents et sur la vie (art. 73 LCA)¹¹⁰. Cette dernière est un cas typique d'assurance de somme car, à l'événement assuré, l'assurance doit fournir une certaine somme d'argent déterminée à l'avance, indépendamment de l'existence et de l'étendue d'un éventuel dommage¹¹¹. L'art. 96 LCA

¹⁰⁸ Cf. OFTINGER, § 11 I ch. 3 (p. 376).

¹⁰⁹ Pour plus de développements, cf. notamment MARC-HENRI CHAUDET, Le recours de l'assureur contre le tiers responsable du dommage (thèse Lausanne 1966); KOENIG, Schweizerisches Privatversicherungsrecht, (3^e éd. 1967), p. 286s. spécialement; OFTINGER, § 11 III (p. 394s.) et les auteurs qu'il cite au début du § 11, sous Literatur, à ch. II et III.

MAURER, Einführung in das schweizerische Privatversicherungsrecht, Berne 1976, p. 318s.

¹¹⁰ Nous laissons délibérément de côté l'assurance pour frais médicaux et pharmaceutiques, car elle ne joue aucun rôle dans l'application de l'art. 45 al. 3 CO. Elle était considérée par la jurisprudence constante du Tribunal fédéral comme une assurance de personnes, ce qui excluait tout recours de l'assureur: cf. notamment ATF 94 II 173 (186 187), JT 1969 I 470 n° 80; 100 II 457 s., JT 1976 I 439 s. De nombreux auteurs critiquèrent cette jurisprudence.

Dans un arrêt Contacta SA contre «La Suisse» Compagnie d'assurance-accidents, du 21 mars 1978, le Tribunal fédéral procéda à un important revirement de jurisprudence. L'arrêt concerne l'assurance de la perte de gain: une assurance qui doit couvrir la perte de gain effective est une assurance contre les dommages. Toutefois ses motifs s'appliquent également à l'assurance des frais de guérison, dont le cumul est désormais exclu: ATF 104 II 44 (47s.).

¹¹¹ On oppose l'assurance de personnes (assurance de somme) à l'assurance de choses qui couvre le dommage effectivement subi. La loi (art. 72 LCA) donne à l'assureur choses un droit de recours contre le responsable.

dispose: «Dans l'assurance des personnes, les droits que l'ayant droit aurait contre des tiers, en raison du sinistre, ne passent pas à l'assureur». Cette disposition est de droit impératif (art. 98 al. 1 LCA) et consacre le principe du cumul des prétentions du lésé contre le responsable et contre l'assureur¹¹². Il ne peut y être dérogé conventionnellement avant la survenance du cas d'assurance mais, une fois le dommage survenu, une cession des prétentions contre des tiers est possible¹¹³. Par conséquent, le responsable ne peut pas exiger une «imputation» en sa faveur des sommes versées par l'assurance¹¹⁴. Peu importe que ce soit le lésé lui-même ou un tiers qui ait payé les primes¹¹⁵.

En cas d'assurance contre les accidents, on fait une exception au principe de la non imputation lorsque le responsable lui-même a conclu l'assurance en faveur du lésé et en a payé les primes¹¹⁶. Cette exception empêche le responsable d'intervenir pécuniairement deux fois: avant l'accident en réglant les primes et après l'accident en payant les dommages-intérêts.

Certaines lois spéciales prévoient d'ailleurs expressément le principe de l'imputation dans certains cas: ainsi les articles 63 al. 2 LCR¹¹⁷, 13 al. 1 LRC, 20 al. 2 Latom.

B. En cas de perte de soutien, les prestations versées aux survivants par une assurance de personnes ne sont pas imputées sur les indemnités dues par le responsable¹¹⁸.

§ 52 Prestations des caisses de pension¹¹⁹

Les caisses de pension résolvant de façon fort différente le problème créé par la pluralité de prétentions du lésé, le problème du recours de la caisse contre le

¹¹² Cf. OFTINGER, § 11 III B a ch. 3 (p. 397) et ses références à n. 92.

¹¹³ Cf. OFTINGER, § 11 III B a ch. 1 (p. 395) et ses références à n. 79.

¹¹⁴ ATF 64 II 420 (424), JT 1939 I 262 (268); 64 II 429, JT 1939 I 110 (113); 70 II 229 (230), JT 1945 I 109 (110) et les autres arrêts cités par OFTINGER, § 11 III B (p. 396) n. 80.

L'article 76 al. 3 LCR (tencur 1975) prévoit expressément la non imputation des prestations d'assurance de sommes.

¹¹⁵ ATF 58 II 249 (254–255), JT 1933 I 123 (127) et les arrêts qui concernent cette question en cas de perte de soutien: cf. infra n. 118.

¹¹⁶ ATF 65 II 250 (261–262).

OSWALD SZS 11 (1967), p. 179s., et SZS 16 (1972), p. 1 (20–21); STARK, RDS 86 (1967), p. 88s.; BACHMANN RSA 37 (1969–1970), p. 357 (360s.); STAUFER SCHAFTZLE, § 17 ch. 1; OFTINGER, § 11 III B a ch. 2 et les auteurs qu'il cite à n. 83.

¹¹⁷ Etude de cet article in ATF 97 II 259 (273s.) consid. 4.

¹¹⁸ ATF 49 II 364 (371); 53 II 498 (499), JT 1928 I 137 (139s.); 56 II 267 (270), JT 1931 I 41 (45); 59 II 461 (464), JT 1934 I 402 (405); 62 II 55 (58); ATF 64 II 420 (424), JT 1939 I 262 (268); 64 II 429 (430), JT 1939 I 110 (113).

La grande majorité de la doctrine approuve cette jurisprudence. Contra: MARTI, p. 63s., et BROSSET, JT 1942 I 66 (82s.), qui veulent appliquer le critère du besoin de soutien. MARTI, p. 65, suggère d'imputer la valeur de rachat de l'assurance sur la perte de soutien.

¹¹⁹ Pour de plus amples développements, cf. notamment SCHLÄPPI, Der Rückgriff der öffentlichen Pensionskassen des Bundes und der Kantone sowie Gemeinden gegenüber haftpflichtigen

responsable doit être tranché selon les particularités de l'espèce. Nous allons examiner brièvement les cas les plus importants¹²⁰.

A. Recours des caisses

1. *Caisses de pensions de la Confédération et des Chemins de fer fédéraux*. Lorsqu'elles doivent fournir des prestations, la Caisse d'assurance du personnel de l'administration générale de la Confédération¹²¹ et la Caisse de pensions et de secours des Chemins de fer fédéraux¹²² se subrogent au fonctionnaire lésé qui prétend à des dommages-intérêts¹²³. La subrogation produit les mêmes effets qu'à l'art. 100 LAMA.

D'après une jurisprudence ancienne, le Tribunal fédéral refuse la subrogation de la Caisse, lorsque la victime était à la retraite lors de l'événement dommageable dû à un tiers¹²⁴, ce que la doctrine critique¹²⁵.

2. *Caisses de pensions privées et caisses de pensions de droit public cantonal*. Ces caisses n'étant pas soumises à la LCA (art. 101 ch. 2 et 103 al. 2 LCA), l'art. 96 LCA ne leur est pas applicable¹²⁶. En principe, la victime pourrait donc faire valoir cumulativement ses prétentions envers le responsable et envers la caisse.

Dritten (thèse Berne 1964); DESCHENAUX, L'action en réparation du préjudice contre le responsable et les prétentions du lésé contre une institution de prévoyance privée, RDS 90 (1971), I, p. 153 s.; PREIFFER, A propos de la subrogation en faveur des caisses de pensions cantonales et communales, JT 1971 I 500 s.; STAUFFER SCHAETZLE, § 16 ch. 5-7 et § 18; MARC SCHAETZLE, Personalvorsorge und Haftpflichtrecht in Konkurrenz (thèse Zurich 1972); OFTINGER, § 11 VI (p. 442 s.). Cf. également les autres auteurs cités par OFTINGER au début du § 11, sous Literatur ch. 6.

¹²⁰ 4 ou 5 grands systèmes semblent se dégager des statuts des caisses (cf. en particulier DESCHENAUX, RDS 90 [1971], I, p. 153 s., et MARC SCHAETZLE, p. 14-20 et 47 s.):

1. subrogation;
2. cessions conventionnelles ou statutaires des prétentions en dommages-intérêts du lésé;
3. subsidiarité des prestations de la caisse;
4. cumul ou clauses de non imputation;
5. absence de règles sur les rapports entre les deux sortes de prétentions.

Les trois premiers cas visent à limiter les obligations de la caisse.

¹²¹ Art. 10 al. 1 des statuts de la Caisse fédérale d'assurances, du 29 septembre 1950:

«La Caisse est subrogée aux droits du bénéficiaire contre un tiers responsable du dommage pour un fait qui met la caisse à contribution, dans la mesure où ces droits sont couverts par des prestations de la caisse. Toute transaction éventuelle entre les parties en cause doit être soumise à l'approbation de l'administration de la Caisse.»

Les statuts de cette caisse sont fondés sur l'art. 48 al. 1 de la loi sur les fonctionnaires du 30 juin 1927.

¹²² Art. 10 al. 1 des statuts de ladite caisse, du 9 octobre 1950 dont la teneur est la même que celle de l'art. 10 al. 1 des statuts de la Caisse fédérale d'assurances reproduit à n.121.

Les statuts de cette Caisse sont fondés sur l'art. 10 litt. m. de la loi sur les Chemins de fer fédéraux, du 23 juin 1944.

¹²³ Sur les rapports des prétentions envers les deux caisses, et celles envers l'Assurance Militaire ou la CNA, cf. l'art. 9 al. 2 des deux statuts.

¹²⁴ ATF 56 II 267 (271 s.), JT 1931 I 41 (47 s.).

¹²⁵ SCHÄRER, Haftpflichtanspruch und öffentliche Versicherung, RSJB 77 (1941), p. 193 (219); STAUFFER/SCHAETZLE, § 16 ch. 5; MARC SCHAETZLE, p. 57 s.; OFTINGER, § 11 VI A (p. 444).

¹²⁶ C'est le cas, par exemple, des institutions de prévoyance des entreprises privées créées en faveur du personnel. (Art. 89^{bis} CC et 331-331 c CO).

Cependant, les caisses cherchent généralement à limiter leurs charges lorsqu'un tiers est responsable de l'événement dommageable, et peuvent prévoir que l'assuré devra leur céder ses prétentions contre le responsable. Certaines lois cantonales stipulent, pour les caisses de pensions de droit public, une subrogation modelée sur les dispositions des caisses fédérales de pensions. La cession, quelle qu'en soit la forme, ne doit pas modifier l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO¹²⁷. La doctrine récente¹²⁸ applique à la cession et à la subrogation des caisses les règles développées pour le recours de la CNA¹²⁹.

B. Imputation

Lorsque, exceptionnellement, la caisse n'a aucune forme de recours contre le responsable, celui-ci ne peut exiger aucune imputation des prestations de la caisse sur l'indemnité pour perte de soutien que le responsable lui réclame¹³⁰. Il importe peu que les prestations proviennent d'une caisse privée ou soumise au droit public cantonal¹³¹.

La jurisprudence avance les mêmes arguments qu'en matière d'assurances de personnes pour refuser l'imputation des prestations des caisses. Ainsi, par exemple, la caisse de pensions publique est destinée

«à protéger le fonctionnaire et sa famille contre les suites économiques d'une cessation de l'emploi. Il serait contraire au but de l'institution de considérer que ces prestations remplacent la réparation due par l'auteur du préjudice, d'autant plus que la victime contribue ordinairement par des versements importants à l'acquisition des droits à la pension» (ATF 84 II 443 [444]).

Il n'y a aucune raison de faire exception au principe de la non imputation lorsque la victime, retraitée au moment du décès, subvenait à l'entretien de

¹²⁷ La question de savoir si le législateur cantonal peut déroger à l'ordre des recours de l'art. 51 al. 2 CO (lorsqu'il prévoit la subrogation de la caisse) est controversée en doctrine. Contra, notamment OFTINGER, § 11 VI B (p. 445). Cf. pour les deux thèses, les auteurs cités par OFTINGER au § 11 VI B (p. 445) n. 324.

¹²⁸ DESCHENAUX, RDS 90 (1971), I, p. 153 (162s.); PFEIFFER, JT 1971 I 500 (513); MARC SCHAETZLE, p. 78 s.; OFTINGER, § 11 VI B (p. 446).

¹²⁹ Cf. infra § 53.

¹³⁰ ATF 53 II 498 (500), JT 1928 I 137 (139s.); 56 II 267 (270), JT 1931 I 41 (45); 59 II 461 (463-464), JT 1934 I 402 (405); 64 II 429 (430), JT 1939 I 110 (113); 83 II 443 (444-445); 95 II 411 (416-417).

La doctrine dominante approuve cette jurisprudence:

OSER SCHÖNENBERGER, art. 45 n. 21; GLARNER, p. 106s.; STREBEL, art. 41 LA n. 31; BECKER, art. 45 CO n. 10; FEHR, p. 102s.; PFEIFFER, JT 1971 I 500 (513); DESCHENAUX, RDS 90 (1971), I, 153 (157-158); STAUFFER SCHATZEL, § 18; VON TUHR PETER, § 13 II et n. 73 a, mais non VON TUHR SIEGWART qui imputaient les prestations des caisses de pensions publiques; OFTINGER, § 11 VI B (p. 446).

Contra: MARIL, p. 61s.; BROSSET, JT 1942 I 66 (82-83); MERZ, RSJB 107 (1971), p. 128. Ces trois auteurs s'en tiennent au critère du besoin de soutien.

¹³¹ Cf. les arrêts cités à n. 130.

l'ayant droit à l'aide de sa pension¹³². M. FEHR¹³³ critique cette jurisprudence : à son avis, les prestations que la caisse de pensions fournit à la veuve et éventuellement aux orphelins après le décès du soutien sont identiques «ihrem Charakter nach» aux prestations que le soutien leur fournissait de son vivant. Son objection est inexacte : la veuve ne reçoit pas une rente parce qu'elle succède juridiquement à son mari, mais a un droit propre et distinct à la rente qui naît au décès de son mari et qui crée une obligation nouvelle à la charge de la caisse¹³⁴. L'Allemagne connaît la même solution¹³⁵.

Il existe toutefois quelques arrêts qui admettent l'imputation des prestations des institutions de prévoyance et qui, de ce fait, sont en contradiction avec une jurisprudence constante. Ainsi, le célèbre arrêt *Marrer c. Helvetia*¹³⁶. Nous regrettons que le considérant qui nous intéresse n'ait pas été publié dans le recueil officiel des arrêts du Tribunal fédéral¹³⁷. Il s'agissait d'un époux affilié à une caisse de retraite qui lui aurait versé à 65 ans un capital de 50 000 francs. En raison du décès de son mari à 57 ans, la veuve ne reçut qu'un capital décès de 25 000 francs.

«Elle fit valoir à l'égard du responsable une demande de 15 000 francs de ce chef en arguant que, sans le décès, elle aurait été soutenue par son mari à l'aide de ces 50 000 francs¹³⁸.»

Le Tribunal fédéral a nié que la veuve ait subi une perte de soutien, car les 25 000 francs perçus dépassaient le montant auquel elle aurait eu droit si le mari avait été vivant au moment de sa retraite (35% de 50 000 francs). Il a ainsi imputé le *capital-décès* sur la perte de soutien. MM. STAUFFER et SCHAETZLE¹³⁹ relèvent que notre Haute Cour se contredit. En effet, malgré leurs apparences différentes, les cas de pension de survivants et du capital décès doivent être traités de la même façon. M. MARC SCHAETZLE¹⁴⁰ souligne quant à lui que le Tribunal fédéral, même sans le dire expressément, a fait dépendre l'imputation de l'identité matérielle entre l'avantage et le dommage.

¹³² Notamment : ATF 56 II 267 (270), JT 1931 I 41 (45 s.); 64 II 429 (429–430), JT 1939 I 110.

¹³³ P. 104 s.

¹³⁴ Cf. également STAUFFER SCHAETZLE (§ 18) qui ont démontré de façon pertinente l'erreur commise par Fehr.

¹³⁵ Cf. notamment BGH, Urt. v. 18. 3. 1958: VersR 1958, p. 311–312.

¹³⁶ ATF 90 II 184.

¹³⁷ Un extrait de ce considérant a été publié au JT 1965 I 454–455 n° 63. STAUFFER et SCHAETZLE en donnent également un résumé (§ 18). Il est frappant de constater que les deux résumés diffèrent.

¹³⁸ STAUFFER/SCHAETZLE, § 18.

¹³⁹ § 18.

¹⁴⁰ P. 53 et 61.

A. Subrogation

L'article 100 al. 1 LAMA dispose que la «Caisse nationale est subrogée, pour le montant de ses prestations, aux droits de l'assuré ou des survivants contre tout tiers responsable de l'accident», consacrant ainsi le principe du concours. L'article 51 CO n'est pas applicable¹⁴². La CNA possède un droit de recours indépendant de la nature de la responsabilité du tiers. Elle devient également cessionnaire des droits de son assuré (ou de ses survivants) contre le responsable avec toutes les conséquences qui s'y attachent (art. 167 ss. CO, sauf 173 al. 2 CO). Le responsable peut opposer à la CNA toutes les exceptions qu'il pouvait opposer à la victime (art. 169 CO), notamment la faute propre de celle-ci (qui réduit les dommages-intérêts)¹⁴³ et la prescription¹⁴⁴.

Le projet de LAA maintient le principe de la subrogation de l'assureur (art. 41).

La CNA peut renoncer aux droits subrogés¹⁴⁵, les céder à un tiers ou les rétrocéder à son assuré ou à ses survivants¹⁴⁶. Lorsqu'elle le fait aux survivants de la victime, ceux-ci peuvent donc obtenir à la fois une indemnité pour perte de soutien du responsable et une rente de survivants de la CNA. Selon M. MAURER¹⁴⁷, les cas de rétrocession sont exceptionnels. Une renonciation totale ou partielle de la CNA à exercer son droit de recours sans rétrocession de ses droits à son assuré ou à ses survivants ne permet pas à ceux-ci de cumuler leurs prétentions¹⁴⁸.

Lorsque la victime laisse plusieurs personnes soutenues, chaque ayant droit possède une prétention propre et indépendante à la réparation de son dommage, qui doit être calculée séparément pour chacun d'eux. La subrogation de

¹⁴¹ Pour de plus amples développements, cf. notamment MAURER, *Recht und Praxis der schweizerischen obligatorischen Unfallversicherung* (2^e éd. Berne 1963); OFTINGER, § 11 IV (p. 404s.) et les auteurs qu'il cite sous *Literatur* au début du § 11 IV.

¹⁴² Notamment OFTINGER, § 11 IV A ch. 2 (p. 405).

¹⁴³ ATF 60 II 30 (34), JT 1934 I 268 (271).

¹⁴⁴ La CNA ne peut réduire ses prestations que si la victime assurée a commis une faute grave (art. 98 al. 3 LAMA).

¹⁴⁵ Cf. notamment OFTINGER, § 11 IV ch. 5 (p. 407), et les renvois à n. 146.

¹⁴⁶ ATF 49 II 364 (372); 53 II 177 (180).

¹⁴⁷ P. 344 ch. 5.

¹⁴⁸ ATF 64 II 420 (427-428), JT 1939 I 262 (270-271); 84 II 393 (400). STREBEL, art. 56 LA n. 32; MAURER, op. cit. au § 53 n. 141, p. 343 et 344; MAURER, *Cumul et subrogation dans l'assurance sociale et privée* (Berne 1976), p. 64-65, et SZS 19 (1975), p. 169, 241 (270-271); comme il existe un risque que la victime du dommage ne dispose de la prétention en responsabilité civile au détriment de la CNA jusqu'au moment où celle-ci a reconnu ses obligations, M. MAURER propose avec raison que le droit de recours naisse au moment où survient l'acte dommageable (ou du décès de l'assuré). DESCHENAUX, in *Festgabe Schönenberger* (Fribourg 1968), p. 245 (250); OFTINGER, § 11 IV C a (p. 413).

la CNA intervient donc individuellement pour chaque ayant droit et non globalement.

B. Moment de la subrogation

La subrogation de la CNA a lieu non seulement au moment où elle paie effectivement ses prestations, mais dès qu'elle a reconnu définitivement ses obligations¹⁴⁹. Le responsable recherché par le lésé peut alors imputer le montant que le lésé recevra de la CNA. Dès qu'il y a subrogation, le lésé ne peut exiger du responsable que le paiement de la partie du dommage qui n'est pas couverte par la CNA.¹⁵⁰

C. Etendue de la subrogation

Après avoir hésité¹⁵¹, la jurisprudence a consacré les trois principes suivants :

1. *Identité de nature*. La subrogation de la CNA ne s'opère que si les diverses prestations qu'elle fournit sont identiques aux différents éléments du dommage que le lésé peut réclamer au responsable¹⁵². Le projet de LAA garde le même principe (art. 42 al. 3 et 43).

Cette identité existe notamment¹⁵³ entre les rentes de survivants (art. 84 s. LAMA) et l'indemnité pour perte de soutien, les frais funéraires payés par la CNA (art. 83 LAMA) et les frais visés à l'art. 45 al. 1 CO, les frais médicaux et pharmaceutiques (art. 73, 73^{bis}, 81 LAMA) et les frais de traitement visés aux articles 45 al. 2 et 46 CO.

Elle n'existe pas pour le dommage matériel, le dommage causé par la perte des revenus provenant d'une activité accessoire et la réparation du tort moral.

2. *Identité temporelle*. Depuis 1969, la jurisprudence veut que la durée de subrogation de la CNA soit égale à la durée du dommage que le lésé peut réclamer au responsable¹⁵⁴. En d'autres termes, la rente de la CNA et la rente de droit privé seront capitalisées d'après la même table. Pour calculer le montant à con-

¹⁴⁹ ATF 53 II 177 (180s.); 90 II 184 (186–187), JT 1965 I 453 n° 62.

¹⁵⁰ Récemment, ATF 90 II 184 (186–187), JT 1965 I 453 (454) et les arrêts cités; 95 II 582 (584). Cf. pour d'autres renvois OFTINGER, § 11 IV A (p. 407) ch. 6 n. 148.

¹⁵¹ Cf. les ATF 93 II 407 (415–416) et 95 II 582 (585–586) où le Tribunal fédéral retrace l'évolution de sa jurisprudence. PFEIFFER (JT 1971 I 500 [508 s.]) reprend également en détail l'évolution de la jurisprudence du Tribunal fédéral.

OFTINGER (§ 11 IV C b [p. 414] n. 178) cite la bibliographie qui est encore actuelle.

¹⁵² ATF 98 II 129 (135), JT 1973 I 465 (466–467).

¹⁵³ Pour les principaux cas d'identité, cf. notamment MAURER, op. cit. au § 53 n. 141, p. 179s.; OFTINGER, § 11 IV C b β 2 (p. 416–418).

¹⁵⁴ ATF 95 II 582 (586s.), confirmé par: ATF 96 II 355 (367); 97 II 123 (132–133); 98 II 129 (134), JT 1973 I 465 (466); 101 II 346 (354).

STAUFFER/SCHAETZLE (§ 16 ch. 4) jugent que la motivation du Tribunal fédéral n'est pas tout à fait convaincante.

currence duquel la CNA est subrogée, la méthode la plus simple consiste donc à déduire de la rente de droit privé celle de la CNA, puis de procéder à la capitalisation, comme pour la perte de soutien¹⁵⁵. L'exigence de l'identité temporelle avantage le lésé¹⁵⁶. En effet, les rentes de la CNA sont viagères; les indemnités pour perte de soutien sont souvent calculées d'après la durée probable de l'activité du soutien.

3. *Priorité du lésé*. En 1967, le Tribunal fédéral a appliqué l'article 88 LCR dans le cadre de l'article 100 al. 1 LAMA¹⁵⁷:

«... le lésé, ayant droit d'une assurance, qui actionne le tiers responsable ou l'assureur de celui-ci et se trouve en concours avec son propre assureur agissant par subrogation, doit être payé par préférence jusqu'à concurrence du dommage effectif total, même en cas de faute concurrente, légère ou grave, de la victime¹⁵⁸; son assureur ne pourra exercer de recours que si et dans la mesure où des prestations qu'il a fournies et des dommages-intérêts dus par le tiers responsable excède le montant du dommage effectif¹⁵⁹.»

Il a étendu cette jurisprudence aux cas de responsabilité civile soumis à d'autres lois que la LCR, comblant (art. 1 al. 2 CC) une lacune de l'article 100 al. 1 LAMA par l'application analogique de l'article 88 LCR¹⁶⁰.

Exemple chiffré de la portée de cette règle:

- Perte de soutien: fr. 100 000.–
- Faute propre de la victime² s., donc dommages-intérêts: fr. 60 000.–
- Prestations de la CNA: fr. 60 000.–

La CNA ne peut recourir que pour 20 000 francs (mesure où ses propres prestations et les dommages-intérêts du tiers responsable dépassent le montant du dommage). Ainsi, malgré la faute propre de la victime et la réduction de l'indemnité qu'elle entraîne, la personne soutenue obtient la réparation intégrale de son dommage. Elle bénéficie d'un «gain» de 40 000 francs.

Le projet de LAA garde le principe de la priorité du lésé (art. 42 al. 1). «Toutefois, si l'assureur a réduit ses prestations parce que l'accident a été causé par une faute grave, les droits de l'assuré et de ses survivants passent à l'assureur dans la mesure correspondant au rapport entre les prestations d'assurance et le dommage» (art. 42 al. 2).

¹⁵⁵ ATF 95 II 582 (586–587).

¹⁵⁶ ATF 97 II 123 (132–133); 101 II 346 (354), qui résout également le problème du «droit transitoire».

¹⁵⁷ ATF 93 II 407s.

Cf. au sujet de cette nouvelle jurisprudence les renvois de STAUFFER-SCHAETZLE, § 16 ch. 4 n. 5, et OFTINGER, § 11 IV C b § 4 (p. 419) et les renvois aux notes correspondantes.

¹⁵⁸ La CNA peut également réduire ses prestations si l'assuré a commis une faute grave (art. 98 al. 3 LAMA).

¹⁵⁹ ATF 95 II 582 (586) qui confirme la règle posée dans l'ATF 93 II 407, motivée à p. 411 s., résumée à p. 423.

¹⁶⁰ ATF 96 II 355 (361 s.); 98 II 129 (134), JT 1973 I 465.

Cette jurisprudence devrait valoir pour d'autres recours que ceux de la CNA:

OFTINGER, § 11 IV C b § 4 (p. 420) et note 211.

¹⁶¹ ATF 97 II 123 (132 s.). La méthode de l'ATF 81 II 38 (48 s.) est plus compliquée.

D. Chances de remariage

La réduction pour chances de remariage doit être opérée non seulement sur la perte de soutien, mais également sur la rente de survivants de la CNA. Trois méthodes conduisent au même résultat :

a) Méthode de l'ATF 97 II 123 (133):

Perte de soutien annuelle		fr. 4 350.-
Déduction de 10% pour chances de remariage		fr. 435.-
		<u>fr. 3 915.-</u>
Rente de la veuve (annuelle) de la CNA	fr. 2 964.-	
Déduction de 10% pour chances de remariage	fr. 296.-	fr. 2 668.-
Perte annuelle		<u>fr. 1 247.-</u>
Coefficient table 45, âges 39/35: 1665		
Découvert compte tenu des chances de remariage:		
$12,47 \times 1665 =$		<u>fr. 20 762.-</u>

b) Méthode de l'ATF 81 II 38 (49)

Capitalisation de la perte de soutien annuelle: $43,50 \times 1665$		fr. 72 427.-
Déduction de 10% pour chances de remariage		fr. 7 242.-
		<u>fr. 65 185.-</u>
Capitalisation de la rente annuelle de la CNA:		
$29,64 \times 1665 =$	fr. 49 350.-	
Déduction de 10% pour chances de remariage	fr. 4 935.-	fr. 44 415.-
Découvert compte tenu des chances de remariage:		<u>fr. 20 770.-</u>

c) Méthode proposée par MM. STAUFFER et SCHÄTZLE (§ 44 ex. 17), la plus simple:

Perte de soutien annuelle		fr. 4 350.-
Moins la rente annuelle de la CNA		fr. 2 964.-
Perte annuelle		<u>fr. 1 386.-</u>
Perte capitalisée: $13,86 \times 1665 =$	fr. 23 077.-	
Déduction de 10% pour chances de remariage:	fr. 2 307.-	
Découvert compte tenu des chances de remariage:	<u>fr. 20 770.-</u>	

§ 54 Prestations de l'assurance militaire¹⁶²

Selon la loi fédérale sur l'assurance militaire, du 20 septembre 1949 (LAM), les «militaires» sont assurés contre les accidents subis ou les maladies contractées en rapport avec le «service militaire». La Confédération est l'assureur. L'article 49 al. 1 LAM dispose que

l'assurance est subrogée pour le montant des prestations qui lui incombent, aux droits de l'assuré ou de ses survivants contre tout tiers civilement responsable de l'affection ou de la mort de l'assuré».

Les règles développées à propos de l'article 100 al. 1 LAMA s'appliquent également à l'article 49 al. 1 LAM, notamment celle de la priorité du lésé¹⁶³ (à l'exception des dispositions des art. 128 et 129 LAMA).

La LAM mentionne aux articles 29s. les personnes qui ont droit à une rente.

Les rapports entre la victime ou ses survivants et la Confédération sont réglés exclusivement par la LAM¹⁶⁴. La victime ou ses survivants ne possède pas envers la Confédération de prétentions qui dépasseraient les prestations de l'AM (art. 22s. LAM).

Lorsque l'AM se trouve en concours avec la CNA, les articles 51-54 LAM s'appliquent.

D'autres cas de concours sont possibles, notamment avec la LCR (règlé par l'art. 81 LCR)¹⁶⁵.

§ 55 Prestations de l'assurance vieillesse et survivants

La loi fédérale sur l'assurance vieillesse et survivants (LAVS), du 20 décembre 1946, ne prévoyait aucune subrogation de l'assurance dans les droits des survivants contre le responsable du décès de l'assuré. Les survivants pouvaient donc cumuler les prestations de l'AVS et les indemnités dues en vertu du droit de la responsabilité civile¹⁶⁶.

¹⁶² Pour de plus amples développements, cf. notamment SCHATZ, *Kommentar zur Eidgenössischen Militärversicherung*, Zurich 1952; ROBERT BISSWANGER, *Die Haftungsverhältnisse bei Militärschäden* (these Zurich 1969), spécialement p. 175s.; OFTINGER, § 11 V (p. 438s.) et ses renvois dans les notes, ainsi que les auteurs qu'il cite sous l'expression *literatur zu Ziff. V* au début du § 11.

¹⁶³ OFTINGER, § 11 V A (p. 439) et ses renvois à n. 299; OSWALD, SZS 16 (1972), p. 1 (48, 56, 58); BUSSY-RUSCONI, art. 81 LCR rem. 3.1.

¹⁶⁴ OFTINGER, § 11 ch. 5 A (p. 440).

¹⁶⁵ OFTINGER, § 11 ch. 5 C (p. 440s.).

¹⁶⁶ ATF 85 II 256 (262); 1F à JT 1958 I 252 (et les arrêts cités). Rep. 1971, p. 263 (272).

MAURER, SZS 1 (1957), p. 215 (217-218) et SZS 19 (1975), p. 169 (180, 197) et p. 241 (242); STAUFFER/SCHÄTZLE, § 16 ch. 3 et § 18 in fine; OFTINGER, § 11 VII (p. 447).

Divergent mais inexact: ATF 93 I 586 (592), JT 1969 I 473 (474); STAUFFER/SCHÄTZLE (§ 18 in fine) et OFTINGER (§ 11 VII n. 335) critiquent également cet arrêt.

L'ATF 99 II 207 (211) concerne le cas particulier où la veuve survivante touchait déjà une rente AVS avant le décès de son mari.

La 9^e révision de la LAVS, acceptée le 26 février 1978, introduit le principe du droit de recours contre le tiers responsable (art. 48^{ter} à 48^{sexies} LAVS)¹⁶⁷.

L'article 48 LAVS règle les cas de concours de l'AVS avec la CNA ou l'AM.

§ 56 Salaire en cas de décès du travailleur (art. 338 al. 2 CO). Indemnité à raison de longs rapports de travail (art. 339 b CO)

A. En cas de décès du travailleur pendant la durée du rapport de travail, «l'employeur doit payer le salaire à partir du jour du décès pour un mois encore et, si les rapports de travail ont duré plus de cinq ans, pour deux mois encore, si le travailleur laisse un conjoint ou des enfants mineurs ou à défaut d'autres personnes en faveur desquelles il remplissait une obligation d'entretien» (art. 338 al. 2 CO)¹⁶⁸.

Le Conseil fédéral a précisé que ce salaire n'est pas une prestation de prévoyance de l'employeur en faveur des héritiers du travailleur. «C'est un effet subséquent des rapports de service, analogue à l'indemnité de départ ou à la garantie d'une retraite»¹⁶⁹.

Les personnes soutenues doivent-elles laisser imputer ce salaire subséquent sur leurs prétentions pour perte de soutien? S'il faut admettre que le lésé peut cumuler ses prétentions¹⁷⁰, ce salaire subséquent ne sera pas imputé sur les prestations dues par le tiers responsable¹⁷¹. En effet, cette obligation sert à rendre moins difficile la situation dans laquelle peuvent se trouver les proches du travailleur décédé.

B. Lorsque les rapports de travail d'un travailleur d'au moins 50 ans prennent fin après 20 ans au moins par la mort du travailleur, l'employeur verse une indemnité égale à 8 mois de salaire au moins (art. 339 b al. 1 et 339 c al. 2 CO) «au conjoint survivant ou aux enfants, ou, à défaut, aux autres personnes en faveur desquelles le travailleur remplissait une obligation d'entretien» (art. 339 b al. 2 CO).

¹⁶⁷ Cf. FF 1977, II, 949.

Pour plus de détails, cf. B. RUSCONI, Le droit de recours de l'AVS et l'AI contre le tiers responsable selon la neuvième révision de l'AVS, in JT 1978 I 130 s.

¹⁶⁸ Les ayants droit au salaire subséquent d'un ou deux mois sont les survivants mentionnés dans la loi, les mêmes que ceux de l'art. 339 b al. 2 CO: SCHWEINGRUBER, Kommentar zum Arbeitsvertrag (1^{re} éd. Berne 1974), traduction française par ALBERT LAISSUE: Commentaire du contrat de travail selon le Code des obligations (Berne 1975); 2^e éd. Berne 1976, art. 338 n. 4 CO.

¹⁶⁹ FF 1967, II, 249 (402).

¹⁷⁰ Il ne nous appartient pas de trancher la question. Selon HEINZ MEYER, Arbeitsvertragsrecht und Personalvorsorge, RSJ 69 (1973), p. 229 (235), il est possible de prévoir dans le règlement d'une caisse de prévoyance qu'en cas de décès, les rentes ne commenceraient à courir qu'un ou deux mois après le jour du décès. SCHWEINGRUBER, op. cit. à n. 168 (art. 338 n. 5), admet que les institutions de prévoyance puissent stipuler dans leurs statuts une règle évitant que le lésé ne soit indemnisé deux fois.

¹⁷¹ Même avis, STEIN, in TCS n° 4, p. 13 in fine à 14.

A certaines conditions, l'indemnité peut être réduite ou supprimée, lorsqu'une institution de prévoyance verse des prestations au travailleur (art. 339 d CO) et dans les hypothèses de l'article 339 c al. 3 CO. S'il faut admettre que le lésé peut cumuler ses prétentions, cette indemnité ne s'impute pas¹⁷², car elle a été prévue dans un but de prévoyance sociale¹⁷³.

*Chapitre 21 : Le pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, juridiction de recours*¹⁷⁴

Ce pouvoir d'examen est limité aux faits retenus par la dernière juridiction cantonale pouvant encore connaître de faits nouveaux (art. 53 al. 1 c et 63 OJ). Rappelons que les faits eux-mêmes peuvent faire l'objet d'un recours de droit public au Tribunal fédéral.

Les éléments de la perte de soutien comme l'âge de la victime, le gain qu'elle réalisait au moment du décès et le gain futur, le nombre et l'âge des personnes soutenues, le montant et la durée des prestations qui leur permettent de maintenir leur train de vie, les chances de remariage et, a fortiori, les éléments pour les supputer, relèvent du fait¹⁷⁵. Il en va de même de la question de savoir si l'augmentation du revenu de la victime ou la diminution du nombre des personnes soutenues aurait influencé les prestations d'entretien fournies aux autres personnes soutenues, en particulier celles de la veuve¹⁷⁶. «Le Tribunal fédéral, saisi d'un recours en réforme, ne revoit donc la décision attaquée à cet égard que si les juges cantonaux se sont fondés, pour estimer le cours prévisible des choses, sur des prémisses erronées en droit ou s'ils se sont laissés guider par des considérations qu'ils ne justifient pas en l'espèce et qui sont en contradiction avec l'expérience générale de la vie (RO 72 II 166 7, 196 7; 79 II 355; 81 II 42; 89 II 398). Les faits passés et présents, en revanche, sont pour lui constants, sous réserve d'une inadvertance manifeste¹⁷⁷ (art. 63 al. 2 OJ)¹⁷⁸.»

¹⁷² Message, FF 1967, II, 249 (405).

¹⁷³ Même avis, STEIN, op. cit. à n. 171 p. 13.

¹⁷⁴ Vu le montant du litige, l'action pourrait être soumise directement au Tribunal fédéral (art. 41 litt. c OJ).

Exemple: ATF 82 II 36 (37).

Au sujet du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral, cf. notamment H. DESCHENAUX, La distinction du fait et du droit dans les procédures de recours au Tribunal fédéral (Fribourg 1948), spéc. p. 22 s.; FRANZ VON DÄNIKEN, Rechts- und Tatfragen im Haftpflichtprozess (thèse Zurich 1976).

¹⁷⁵ Cf. le remariage du conjoint survivant, supra chap. 12.

¹⁷⁶ OFTINGER, § 6 IV D e a Kasuistik (p. 239).

¹⁷⁷ Dans l'ATF 97 II 123 (132), le Tribunal fédéral a rectifié l'erreur de la Cour cantonale qui, au lieu de 4350 francs, avait écrit 4530 francs et avait fondé ses calculs sur ce montant.

¹⁷⁸ ATF 90 II 79 (84).

Le calcul¹⁷⁹ ou l'appréciation¹⁸⁰ du dommage et le choix des tables de capitalisation, comme leur application¹⁸¹ et la possibilité de s'en écarter relèvent du droit¹⁸², donc du pouvoir d'examen du Tribunal fédéral.

¹⁷⁹ ATF 90 II 79 (85) : manquaient certains éléments de fait nécessaires au calcul du dommage.

¹⁸⁰ OETINGER, § 14 I (p. 496) et ses renvois à n. 14.

Idem lorsque le juge détermine par appréciation certains montants à la base de son calcul : ATF 101 II 257 (261) ; 102 II 90 (94), JT 1977 I 443 (444). Dans ces deux arrêts, l'appréciation concerne le «surplus des dépenses» dues à l'engagement d'une femme de ménage.

¹⁸¹ STAUFFER/SCHAETZLE, § 39.

¹⁸² ATF 57 II 292 (300), JT 1932 I 110 (117).

Conclusions

1. Le *critère de fait* adopté pour définir les bénéficiaires de l'article 45 alinéa 3 CO peut tromper. En réalité, leur nombre se limite au cercle familial. Cependant, la notion du cercle familial est loin d'être immuable; elle variera selon l'évolution de la société.

Ainsi, la concubine devrait obtenir la qualité pour agir si sa relation avec la victime était stable et que les prestations d'entretien qu'elle recevait et aurait reçues ne constituaient pas un *pretium stupri*.

En revanche, une retenue plus grande s'impose aujourd'hui dans l'admission d'une perte de soutien différée en cas de décès d'un enfant. Le développement des prestations à caractère social (AVS, AI, caisses de retraite, etc.) et des mesures de prévoyance personnelle (assurance-vie, épargne, etc.) tend en effet de plus en plus à décharger les enfants de l'obligation d'aider financièrement leurs parents.

2. En cas de décès du mari (et père), la pratique actuelle calcule la perte de soutien en fonction de la part de revenu qu'il aurait consacrée à la personne soutenue.

A notre avis, le dommage devrait être calculé autrement. En effet, le but des dispositions sur la responsabilité civile étant de replacer le lésé dans la situation qui aurait été la sienne sans la survenance de l'événement dommageable, il faut déterminer le montant dont la personne soutenue a besoin pour avoir ou conserver le niveau de vie que le soutien lui aurait offert. *C'est pourquoi il faudrait partir des dépenses du ménage avant le décès du soutien et déduire les économies possibles à la suite de son décès*. La perte de soutien dépendrait du résultat de cette soustraction. Les montants ainsi calculés seraient nettement plus élevés que ceux qui sont actuellement alloués, étant précisé que le décès du soutien n'entraîne pas la diminution proportionnelle de toutes les dépenses du ménage.

3. Le Tribunal fédéral impute sur la perte de soutien les revenus de la fortune que la personne soutenue hérite de la victime, motif pris qu'ils diminuent le besoin de soutien.

Or, le besoin de soutien est l'une des conditions du droit à l'indemnisation et non point un critère d'imputation. En principe, il ne faudrait imputer la fortune et/ou ses revenus que s'ils servaient déjà, avant le décès du soutien, à l'entretien de l'héritier puisque ce dernier recueille alors la source même des prestations d'entretien. Dans les autres cas, on devrait présumer, sauf preuve contraire incombant au responsable, que la fortune augmentée régulièrement de ses revenus serait de toute façon dévolue un jour par voie successorale à la personne soutenue. Dès lors, la fortune ne constitue pas un avantage et ne devrait pas être imputée.

4. En général, l'indemnité pour perte de soutien est allouée en capital, principalement à cause de la dépréciation de la monnaie. Dans de rares cas toutefois, il est préférable d'allouer une rente indexée.

Le capital dû à la victime porte intérêt du jour du décès du soutien au jour du jugement de la dernière juridiction cantonale apte à connaître encore de faits nouveaux. Il ne faut pas oublier de réclamer cet intérêt qui fait partie du dommage, car son montant peut être important.

Au surplus, de nombreux praticiens semblent ignorer qu'à partir du jugement, l'indemnité allouée (capital et intérêts réparatoires) porte à son tour intérêt.

5. Dans ce domaine plus qu'en tout autre, le rôle de la jurisprudence est capital, et la liberté d'appréciation laissée au juge essentielle. «Le magistrat joint à la loi souvent trop générale le discernement des cas particuliers: il ajoute à la justice cette équité supérieure sans laquelle la dureté de la lettre n'a souvent qu'une rigueur qui tue, et l'excès de la justice devient quelquefois l'excès de l'iniquité» (D'AGUESSAU).

